This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

WIDENER LIBRARY
HX G97S 0

AH 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Neun und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1827.

~~H 19055~~
AH 7203.141
Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Fortsetzung

des ersten Titels im 26. Buche.

De Tutelis.

§. 1298. a.

Erklärung der übrigen Worte: *ad tuendum eum* etc. in dem Begriff des Servius von der Tutel. Eigenthümlicher Character der Tutel. Unterschied derselben von der Curatel.

Die Worte: *ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*, in der Definition des Servius von der Tutel, welche den Zweck derselben, nämlich Schutz und Vertretung des Unmündigen bezeichnen, sind auf mancherley Art, zum Theil ganz unrichtig, verstanden worden. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll unter diesem Schutze nur hauptsächlich die Sorge für die Erziehung und Erhaltung der Person des Mündels zu verstehen seyn, nach der Regel: *tutor datur personae, non rei vel causae* [1]); und hierin soll das Unterscheidende der Tutel von der Curatel liegen, indem

1) §. 4. *I. Qui testam. tut. dari possunt. L.* 12. 13. *et* 14. *D. de testam. tut.*

letztere blos in der Verwaltung des Vermögens beſtehe [2]). Allein daß dieſe Behauptung unrichtig ſey, und auf einem offenbaren Mißverſtande der Geſetze beruhe, hat H. Geh. R. R. von Löhr in der ſchon mehrmals angeführten treffl. Abhandlung über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel einleuchtend dargethan [3]). Daß auch bey der Tutel der Schutz ſich vorzüglich auf das Vermögen beziehe, lehrt nicht nur Theophilus in ſeiner griechiſchen Paraphraſe zum §. 2. dieſes Titels, wo er die Worte des Textes: Appellantur enim *tutores* quasi tuitores atque defensores, ſo erklärt: ὡσανεὶ ἐν ἀσφαλεστέρα τάζει τιθέμενοι τὰ τοῦ νέου πράγματα, καὶ πανταχόθεν αυτον δεφενθένοντες. i. e. *quasi in tutiore statu collocantes* PUPILLI BONA, *et ubique eum defendentes*; ſondern eben dieſes erhellet auch aus mehreren Geſetzſtellen ganz deutlich. So heißt es von der tutela legitima: Hoc summa providentia, ut qui sperarent successionem, iidem TUERENTUR BONA, ne *dilapidarentur* [4]). Und Marcellus [5]) ſagt: Tutoris praecipuum est officium, *ne indefensum pupillum relinquat*, welches Ulpian [6]) dahin erläutert: Generaliter quotiescumque non fit

2) *L.* 8. *C. de nupt.* (V. 4.) quia curator *solam rei familiaris sustinet administrationem*. *L.* 20. *D. de ritu nupt.* (XXIII. 2.)

3) Man ſehe auch von Savigny vom Beruf unſerer Zeit für Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft. §. 7. S. 102. ff. und Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 232. S. 865. ff.

4) *L.* 1. *pr. D. de legitimis tutorib.*

5) *L.* 30. (XXV. 7.) *D. de administr. tutor.*

6) *L.* 10. *D. eodem.*

nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit, *non videtur defendi:* sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat: *defendi non videtur.* Wie ſehr die Verwaltung des Vermögens vor des Vormunds Competenz gehöre, beweiſt auch die Caution deſſelben: *rem pupilli salvam fore* [7]); und die Berechnung der *tria onera tutelarum* als Excuſation, welche nicht nach dem numerus pupillorum, ſondern der *patrimoniorum* beſtimmt werden ſoll [8]). Wie wenig hingegen die Sorge für die Perſon den eigenthümlichen Character der Tutel bilde, lehrte ſchon die Weibertutel. Der tutor sexus hatte weder für die Erziehung, noch für die Perſon ſeiner Pflegbefohlnen zu ſorgen. Sein ganzes Amt beſtand blos darin, daß er bey ſolchen Geſchäften der Frau, welche ohne ſeine Auctorität nicht gültig abgeſchloſſen werden konnten, dieſe interponirte [9]).

7) S. Tit. Dig. *Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.* (XLVI. 6. *Pr. I. de satisdat. tutor. vel curator I.* 20. und beſonders Theophilus *Paraphr. graec.* ad Pr. J. cit.

8) *L.* 3. *D. de excusat.* und Theophili Paraphr. graec. ad §. 5. J. eod.

9) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 190. Mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam. §. 191. Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 25. Mulierum tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. §. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege, aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, — si rem mancipi alienent. Cicero *pro Caecinna.* Cap. 25.

Aber auch selbst bey der Pupillentutel ist die Sorge für die Person weder nothwendig noch eigenthümlich. Denn gewöhnlich wird der Pupill von einem Andern, als dem Vormund, erzogen, und wenn darüber ein Zweifel entsteht, so hat die Obrigkeit zu bestimmen, bey wem der Mündel sich aufhalten, und von wem er erzogen werden soll, und eben so tritt auch die Obrigkeit bey Bestimmung der Alimente und Erziehungskosten ein [10]). Dahingegen kann den Curatoren die Sorge für die Erhaltung, häufig auch die Sorge für die Erziehung ihrer Curanden obliegen. Von dem Curator eines Wahnsinnigen ist es entschieden, daß er nicht nur sein Vermögen, sondern auch die Person desselben schützen muß [11]). Eben so muß der Curator eines Minderjährigen, und der des *venter*, so gut für die Alimente seines Pflegbefohlnen sorgen, wie der Tutor [12]). Aus diesem Allen folgt, daß in der Sorge für die Person das Characteristische der Tutel nicht liegen kann. Entwickeln wir aber die Bedeutung von TUERI genauer, so belehrt uns Ulpian [13]), daß die Tutel über Unmündige zwey Bestandtheile habe. Sie begreifft erstens das Recht, aber auch die Pflicht in sich, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen, zweytens das Recht bey den Handlungen desselben Auctorität zu interponiren. Ulpian sagt:

10) Vid. tit. Pand. *Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis.* (XXVII. 2.)

11) *L.* 7. *pr. D. de curatorib. furioso et aliis dand.* Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, *sed et corpus et salus furiosi.*

12) *L.* 1. §. 15. *D. de ventre in poss. mitt.* (XXXVII. 9.) *L.* 3. *pr.* et §. 5. *D. Ubi pupillus educari deb.*

13) *Fragm. Tit. XI.* §. 25.

Pupillorum, pupillarumque tutores et *negotia gerunt*, et *auctoritatem interponunt.*

Das Erſte hat die Tutel mit der Curatel gemein. Denn in Rückſicht auf negotiorum gestio ſtehen Tutoren und Curatoren vollkommen gleich. Beyde werden hier in Beziehung auf die Adminiſtration des Vermögens als Stellvertreter der Eigenthümer betrachtet [14]). Beyde können ſogar Veräuſſerungen vornehmen, ſoweit die Geſetze ſie dazu berechtigen. Hiervon handelt der Titel de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non. Das Letztere hingegen iſt der Tutel eigenthümlich. Denn nur der Tutor kann Auctorität interponiren, nicht der Curator [15]); und dieſes Recht kann daher auch demjenigen zuſtehen, welcher die Adminiſtration des Vermögens nicht hat, wie z. B. dem tutor honorarius [16]), und ehemals auch dem tutor mulie-

14) *L.* 27. *D. de administr. et peric. tutor.* Paulus. Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet. *L.* 56. §. 4. *D. de furt.* Und ganz allgemein ſagt Ulpianus *L.* 157. *pr. D. de div. Reg. iuris* vice dominorum habentur *tutores* et *curatores.*

15) *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.* (XLIX. 1.) Modestinus. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, *quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.*

16) *L.* 49. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) Africanus: Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. Dieſem iſt nicht entgegen, wenn Pomponius *L.* 4. *D. de auct. et cons. tutor. et curator.* (XXVI. 8.) ſagt: Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, *cui administratio tutelae con-*

xis [17]). Denn beydes iſt von einander unabhängig. Der Unterſchied zwiſchen Tutel und Curatel beruhet alſo in dem Rechte des Tutors durch auctoritatis interpositio, welches ſchon Gundling [18]) nicht unrichtig durch Vollwort überſetzte, die unvollſtändige Perſon des Mündels, der noch keinen rechtlich vollgültigen Willen hat, zu ergänzen. Es beweiſen dieſes erſtens deutliche Geſetzſtellen. Dahin gehören beſonders folgende.

L. 189. *D. de div. Regulis iur.* Celsus *lib. XIII. Digestorum* [19]). Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate, *nisi adposita tutoris auctoritate*, credi-

cessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Denn dieſe Stelle ſpricht von einem ſolchen Tutor, dem die Adminiſtration unterſagt iſt, während jene von einem tutor honorarius handelt, wie aus *L.* 14. §. 1. *D. de solut.* erhellet. Man ſehe *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XXVI, Tit. 8. §. *Sed apparet.* (Opp. Tom. II. pag. 562.) *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad *L.* 4. *D. de auct. et cons. tut. et curator.* pag. 444. Püttmann Probabil. iur. civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56. und von Löhr angef. Abhandl. §. 7. S. 29 ff.

17) Ulpian. *Fragm. XI.* 25. Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. S. die Note 9.

18) Gundlingiana. Stück XXIX. Nr. VI. §. 6. Not. (*) S. 369.

19) Celsus handelt *libro XIII. Digestor.* von der Erbſchaft und bonorum possessio, wie aus *L.* 7. *D. de collat. bonor.* erhellet. Eine Erbſchaft kann der Pupill weder antreten, noch ausſchlagen, eben ſo wenig die bonorum possessio ſuchen ohne Vollwort des Vormunds. Dieß iſt der Sinn dieſer Stelle. S. *Jac.* Gothofredi Comment. in Tit. Pand. de div. Reg. iur. ad h. L. 189. pag. 742. seq.

tur; nam quod animi iudicio fit, in eo *tutoris auctoritas* necessaria est.

L. 25. D. de manumissis vindicta. GAIUS *libro primo de Manumissionibus.* Si tutoris habendi causa pupillus manumittat, probationis esse causam FUFIDIUS ait. NERVA *filius* contra sentit, quod verius est. Namque perabsurdum est, in eligendo tutore firmum videri esse iudicium pupilli, *cuius in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutore auctore regitur.*

L. 9. D. de acquir. vel omitt. heredit. PAULUS *libro secundo ad Sabinum.* Pupillus, si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intelligat: quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer: *neque enim scire, neque decernere talis aetas potest,* non magis, quam furiosus: tamen *cum tutoris auctoritate* hereditatem acquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.

L. 6. D. de div. Reg. iuris. PAULUS *eodem.* In negotiis contrahendis alia causa habita est *furiosorum,* alia eorum, *qui fari possunt,* quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, *pupillus omnia* TUTORE AUCTORE *agere potest.*

L. 32. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. PAULUS *libro XV. ad Sabinum.* Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit: *nam iudicium infantis* SUPPLETUR *auctoritate tutoris:* utilitatis enim causa hoc receptum est.

Daher werden zweytens die Benennungen tutor und auctor bey den Alten [20]) häufig als gleichbedeutend gebraucht, und von denjenigen, welche nicht Auctorität interponiren können, wird gesagt, daß sie unfähig sind, Tutoren zu werden [21]).

Warum der Curator keine Auctorität interponiren könne, läßt sich sehr leicht darthun. Denn hat er die Curatel über einen Wahnsinnigen, so hat ein solcher Curand in diesem Zustande gar keinen Willen [22]). Eine Ergänzung bey Erklärung desselben ist daher völlig undenkbar. Hat er dilucida intervalla, so kann er in solchen Augenblicken ohne den Curator selbst vollkommen frey und gültig handeln [23]).

Da ein gerichtlich erklärter Verschwender wie ein Wahnsinniger behandelt wird, nur daß bey ihm keine dilucida intervalla vorkommen können; so gilt von der Curatel derselben das Nämliche [24]).

Eben so wenig kann auch der Curator eines Minderjährigen Auctorität interponiren. Denn der Minderjährige ist eine vollständige Person Er ist suae tute-

20) Cicero *pro Caecinna. Cap.* 25. *Pro Cluentio. cap.* 5. Livius *XXXIV.* 3.

21) *L.* 1. §. 2. *D. de tutelis.* Mutus tutor dari non potest, *quoniam auctoritatem praebere non potest.*

22) *L.* 40. *D. de div. Reg. iur.* Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, *nulla voluntas est.*

23) §. 1. *I. Quib. non permitt. fac. testam. L.* 2. *Cod. de contrah. emt. et vendit.* (IV. 38.)

24) *L.* 1. *D. de curatorib. furioso et aliis extra minor. dand. L.* 40. *D. de div. Reg. iuris.*

lae [25]), suae aetatis [26]), und kann daher seinen Willen vollkommen gültig erklären, und sich verbindlich machen. Modestinus [27]) sagt es ausdrücklich, Puberes *sine curatoribus suis* possunt ex stipulatu obligari. Der Minderjährige kann sich daher ohne Zuziehung des Curators verheyrathen [28]). Er kann ohne ihn testiren [29]). Es ist ihm blos während der Curatel die Administration seines Vermögens entzogen, weil man ihm die erforderliche Einsicht und Ueberlegung nicht zutraut, um dem Seinigen gehörig vorzustehen [30]). Er darf daher für sich nichts veräussern, noch sonst etwas vornehmen, das mit der Verwaltung seines Vermögens in Verbindung

25) *L.* 50. *pr. D. de legat. III.* (XXXII.) *L.* 9. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.*

26) *L.* 27. *D. de negot. gest. L.* 5. §. 2. *D. de auct. tutor. L.* 50. §. *ult. XXXII. D. de legat.*

27) *L.* 100. *D. de Verb. obligat.* Besonders deutlich bezeichnet Paulus *L.* 43. *D. de Obligat. et Action.* den Unterschied zwischen pubes und impubes. Obligari potest, sagt er, paterfamilias, suae potestatis *pubes*, compos mentis: *pupillus* sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili.

28) *L.* 20. *D. de ritu nupt. L.* 8. *Cod. de nupt.*

29) *L.* 5. *D. Qui testam. fac. possunt.*

30) *L.* 1. *D. de minorib. XXV. annis.* Ulpianus. Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium eis Praetor hoc Edicto pollicitus est, et adversus captiones opitulationem. — *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.*

steht [31]). Denn die Verwaltung desselben ist dem Curator übertragen, um ihn gegen leicht mögliche Vervortheilung zu schützen. Willigt dieser in eine mit derselben in Verbindung stehende Handlung, so erhält sie dadurch Gültigkeit. Diese Einwilligung heißt aber nicht auctoritas, sondern *consensus*. Beydes ist in Ansehung der Form und Wirkung sehr unterschieden [32]). Denn die Gültigkeit der auctoritatis interpositio ist an eine bestimmte Form gebunden. Der Tutor muß selbst beym Abschluß des Geschäfts gegenwärtig seyn, und sogleich seine Auctorität unbedingt und ausdrücklich ertheilen, sonst ist das ganze Geschäft nichtig [33]). Eine solche Form ist bey dem Consens des Curators nicht vorgeschrieben. Die Wirkung der auctoritas aber ist, daß dadurch die Unvollständigkeit der Willensäusserung des Pupillen ergänzt werde. Durch den Consens des Curators hingegen wird der Minderjährige blos berechtiget ein Geschäft vorzunehmen, welches mit der dem Curator übertragenen Administration des Vermögens in Verbindung steht.

Die unvollständige Persönlichkeit des Pupillen bey allen verbindlichen Handlungen desselben zu ergänzen, ist also der Hauptberuf des Tutors [34]). Daher werden Tutor und Pupill in Rücksicht des Geschäfts, welches der

31) *L.* 3. *Cod. de in integr. restitutione minor.* Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est.

32) Vid. titulus Pandectar. *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.* XXVI. 8.

33) §. 2. *J. de auctorit. tutor. L.* 9. §. 3. *et* 4. *L.* 8. *D. eodem.*

34) *L.* 9. *pr. D. de auct. et cons. tut. et curat.* Vid. et tit. Cod. *de auctoritate praestanda.* (V. 59.)

Pupill mit Auctorität ſeines Tutors vornimmt, als eine Perſon betrachtet, und ſo iſt die Römiſche Rechtsregel zu verſtehen: *tutor* PERSONAE, *non rei datur* [35]). Das Wort *persona* bezeichnet nämlich hier die ganze juriſtiſche Perſönlichkeit des Pupillen mit Inbegriff aller Theile ſeines Vermögens, und aller ihn betreffenden Rechtsverhältniſſe. Der Sinn jener Rechtsregel geht alſo dahin, der Hauptberuf des Tutors beſteht darin, die Fähigkeit des Mündels, und ſeine ganze Perſon in allen Angelegenheiten und Geſchäften deſſelben zu vertreten und zu ergänzen. Darum muß ſich ſein Amt allgemein auf alle Theile des Vermögens erſtrecken, und kann nicht blos auf einzelne Sachen, und einzelne Rechtsverhältniſſe des Pupillen beſchränkt werden [36]). In dieſem Sinn iſt alſo der Vor-

35) *L.* 14. *D. de testam. tut.* S. Hugo Lehrb. der Geſch. des R. Rechts S. 115. Z. 25. ff. der 8. Aufl. von Savigny Beruf unſ. Zeit ꝛc. S. 104. und de Schroeter Diss. de nexu tutelae et iuris succedendi. Specim. I. pag. 23. sq.

36) §. 17. *I. de excusat. tutor. curat.* (I. 25.) Datus autem tutor *ad universum patrimonium* datus esse creditur. Die *L.* 12—14. *D. de testam. tut.* wo es heißt: *Certarum rerum* vel *causarum* testamento tutor dari non potest: — quia *personae*, *non rei vel causae* datur, reden zwar nur von der teſtamentariſchen Tutel. Die Regel gilt aber in dem angeführten Sinn für jede Art der Tutel, für die legitima, und die obrigkeitliche Beſtellung. S. Theophilus Paraphr. gr. ad §. 17. I. de excusat. Ἐδόθη τις ἐπίτροπος· οὗτος ἐπὶ πᾶσι τοῖς τοῦ πουπίλλου πράγμασι δεδόσθαι νενόηται· καὶ οὐ λέγομεν ὅτι τῶνδε μέν ἐστιν ἐπίτροπος, ἐπὶ δὲ τοῖσδε οὐκ ἔστιν· i. e. *Datus quis est tutor: hic* AD OMNES RES PUPILLI *datus creditur. Neque dicimus, eum harum quidem rerum tutorem*

mund der Person des Pupillen vorgesetzt, und so erklärt sich's, warum er nicht blos für einen einzelnen Gegenstand ernannt werden kann. Eine Folge dieser Personen-Einheit ist, daß der Tutor in keinem Falle *in rem suam* auctor werden kann [37]). Denn die durch ihn ergänzte unvollständige Willensäusserung seines Mündels ist ja zugleich sein Wille, der Tutor kann also nicht zugleich der Berechtigte und auch der Verpflichtete seyn [38]).

Ganz anders ist das Rechtsverhältniß zwischen dem Minderjährigen und seinem Curator. Denn da hier keine Personen-Einheit eintritt, so kann auch zwischen Beyden ein Geschäft gültig vorgenommen werden, wozu kein Consens erforderlich ist [39]).

Die auctoritatis interpositio setzt jedoch voraus, daß der Pupill kein Kind mehr sey, sondern die Fähigkeit habe mit Auctorität des Vormunds selbst zu handeln. Denn solange der Pupill noch infans ist, kann kein Auctoriren Statt finden. Nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant [40]). Von dem infans gilt also, wie von dem furiosus, *nulla eius voluntas* est [41]), quia huius aetatis pupilli *nullum*

esse, in illis vero non esse. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 232. S. 866. Not. 20. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 420. S. 608. Not. 5.

37) §. 3. *I. de auct. tutor.*

38) *L.* 5. *pr. et* §. 2. *D. de auct. et cons. tutor et curator.*

39) *L.* 1. §. 13. *et* 14. *L.* 37. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.* (XXXVII. 1.)

40) §. 10. *J. de inutilib. stipulat.* (III. 19.)

41) *L.* 40. *D. de div. Reg. iuris.*

habent intellectum [42]). Für einen ſolchen Mündel muß der Tutor ſelbſt handeln, und ſeine ganze Perſon vertreten. Ulpian ſagt *libro XXXV. ad Edictum* [43]): ita tamen, ut pro his, *qui fari non possunt*, vel absunt, *ipsi tutores iudicium suscipiant*, pro his autem, qui *supra septimum annum aetatis sunt*, et praesto fuerint, *auctoritatem praestent*. Hier kann alſo der Tutor keine gröſſere Competenz haben, als ein curator furiosi, denn ſein Beruf iſt hier nur eine gestio. Nur darin liegt ein Unterſchied, daß dieſe Verwaltung, der Zukunft wegen, ſchon jetzt tutela genennt wird, weil der Tutor für alle Angelegenheiten des Mündels, und alſo auch zur Verwaltung des Vermögens beſtellt wird, und bey den *proximis infanti*, propter utilitatem eorum, eine benignior iuris interpretatio inſofern eintritt, ut idem iuris habeant, quod *pubertati proximi* [44]). Daher erlaubten die Kaiſer Theodos und Valentinian [45]) ſogar dem Tutor für den infans eine Erbſchaft anzutreten, während ſelbſt noch nach der Verordnung Juſtinian's [46]) der curator furiosi für ſeinen Curanden nur die bonorum possessio ex decreto agnosciren kann. Darin hat jedoch Juſtinian beyde, der Billigkeit wegen, einander gleichgeſetzt, daß an den Tutor eines Pupillen, ſo wie an den Curator eines Wahnſinnigen, und

42) §. 10. *J. de inutilib. stipulat.*

43) *L.* 1. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* S. Gundling de auctoritate tutorum, in *Gundlingianis* St. XXIX. Nr. VI. §. 1. et §. 5.

44) §. 10. *J. de inutilib. stipulat.*

45) *L.* 18. *Cod. de iure delib.* (VI. 30.)

46) *L.* 7. §. 3. *Cod. de curat. furiosi.* (V. 70.)

eben ſo auch von demſelben eine Erbſchaft reſtituirt werden könne, *ne dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur* [47]).

Daß übrigens das Recht der vormundſchaftlichen Auctorität ſich nicht durchgehends daraus erklären laſſe, daß die Gewalt des Tutors eine Art der potestas, d. h. eine der Familiengewalt des Vaters ähnliche Gewalt ſey [48]), erſcheint daraus, weil auch von der Curatel der Ausdruck potestas ſelbſt in dem Geſetz der XII. Tafeln gebraucht wird, und ein Unmündiger, der noch unter der väterlichen Gewalt iſt, auch nicht einmal auctore patre verbindliche Geſchäfte ſchlieſſen kann [49]); zum Beweiſe, daß die auctoritatis interpositio der Tutel eigenthümlich ſey [50]).

Die Worte in der Definition des Servius: qui *propter aetatem suam* [51]) se defendere nequit, drücken

47) *L. 7. pr. Cod. ad SCtum Trebell.*

48) S. Schweppe juriſt. Magazin 1. B. 1. Heft. Nr. VII. S. 97. ff.

49) *L. ult. §. 1. D. de Verbor. obligat.* Pupillus licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest: tamen si in parentis potestate est, *ne auctore quidem patre obligatur.*

50) S. die Heidelberg. Jahrbücher der Litteratur. Jahrgang XII. 1819. 1. Heft. S. 70 — 72. und von Löhr Vertheidigg. ſeiner früheren Anſichten über die R. Begriffe von Tutel u. Curatel, im N. Magazin 1. B. Nr. XIV. S. 455 — 477.

51) Die Worte *suam sponte* ſtehen in den Inſtitutionen §. 1. *h. t.* nicht. Hotoman in Comm. in Instit. glaubte ſie daher aus der Pandectenſtelle einrücken zu müſſen.

das Subject aus, welches nach dem Rechte des justinianeischen Zeitalters nur noch allein in der Tutel seyn konnte, nachdem die Tutel über Weiber ausser Gebrauch gekommen war. Es wird darunter ein Unmündiger verstanden, der wegen seiner unvollständigen Persönlichkeit nicht allein handeln kann, wenig Fälle ausgenommen, wo er der Auctorität des Tutors nicht bedarf [52]). Bey den Worten propter aetatem noch *impuberem* hinzuzufügen, war nicht nöthig, weil nur Unmündige einen Tutor erhielten, nicht puberes. Denn diesen wurde, so lange sie noch minderjährig waren, in gewissen Fällen ein Curator bestellt. Hierzu kommt, daß so lange die Weiber-Tutel noch im Gebrauch war, ohnehin nur unmündige Mannspersonen unter der Tutel stehen konnten, weil sich eben dadurch die Pupillen-Tutel von der Weiber-Tutel unterschied, daß dieser nicht blos Unmündige, sondern auch Mündige unterworfen waren [53]).

Allein mit Recht hat *Ev.* Otto diese Kritik verworfen. Jedoch lesen einige, z. B. Balduinus und Vinnius, qui *per aetatem se ipse* defendere nequit. Theophilus in Paraphr. gr. hat: *διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, οὐ δυνάμένης αὐτῆς ἑαυτῇ προϊσπάναι.* i. e. *propter aetatis imbecillitatem*, quae sibi ipsa praeesse *sequ* regere nequit. In der Pandectenstelle liest Haloander statt suam, *sua sponte.* Diese Lesart billigt auch Brenkman, und sie ist in der neuesten Beckischen Ausgabe angenommen. Allein die *Basilica* Tom. IV. p. 826. haben sich genau an den Begriff des Paulus gehalten: *πρὸς τὸ φυλάττειν ἐκεῖνον, ὃς διὰ τὴν ἡλικίαν δεφένδεύειν ἑαυτὸν κατὰ οἰκείαν οὐ δύναται γνώμην.*

52) *Pr. I. de auctorit. tutor.*

53) Ulpian. *Frag. Tit. XI.* §. 1. Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed *masculis quidem*

Da nun aber, nach aufgehobener Weiber-Tutel, nur noch Unmündige in der Tutel sich befinden, so kommt es jetzt nicht mehr auf den Unterschied des Geschlechts an, und es ist daher unter dem männlichen Geschlecht, von welchem hier gesprochen wird, nach einer bekannten Regel [54]), auch das weibliche zu verstehen.

Es entscheidet jedoch bey der Pupillen-Tutel lediglich das Alter, wenn auch der Pupill wahnsinnig seyn, oder in Wahnsinn verfallen sollte. Hierdurch wird die Tutel nicht in eine Curatel verwandelt. Ulpian giebt uns *libro trigesimo septimo ad Sabinum* [55]) hiervon folgenden Grund an:

Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere coeperunt, in ea causa sunt, ut in tutela

IMPUBERIBUS *damtaxat*, propter aetatis infirmitatem: *feminis* autem tam *impuberibus*, quam *puberibus*, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Daher sagt der Prätor in seinem Edict bey Ulpian *L.* 5. §. 2. *D. Quib. ex causis in possess. eatur* nicht: Si is pupillus, eave pupilla in suam tutelam venerit, sondern er sagt: SI IS PUPILLUS IN SUAM TUTELAM VENERIT, EAVE PUPILLA VIRIPOTENS FUERIT. Man nannte also nur die Mannspersonen im eigentlichen Sinn *puberes*, von den Frauenspersonen sagte man, sie sind viripotentes. S. CUJACIUS Paratitl. in hunc Pand. titul. *Ant.* CONTIUS Lection. Lib. II. Cap. 14. (*Operum* pag. 95.) und Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. 7. Nr. III. S. 284. Not. 104.

54) *L.* 195. *pr. D. de Verbor. Signif.* Pronuntiatio sermonis *in sexu masculino ad utrumque sexum* plerumque porrigitur. Add. *L.* 16. §. 1. *D. de testam. tut.*

55) *L.* 3. *D. h. t.*

nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur: eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur: sive non habent, et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: *quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*[56].

Eine Tutel kann aber nur dann Statt finden, wenn der Pupill gebohren iſt, wenn auch der Vater einem noch ungebohrnen Kinde in ſeinem Teſtamente einen Vormund ernennen kann[57]. Hierdurch unterſcheidet ſich die Tutel von der Cura, welche auch ſchon bey dem venter vorkommen kann[58]. Erſteres erklärt ſich daraus, weil nur bey Gebohrnen auctoritas interponirt werden kann, worin die characteriſtiſche Thätigkeit des Tutors beſteht.

Auch die letztern Worte der Definition: *iure civili data ac permissa* werden ſehr verſchieden erklärt. Daß die Tutel, oder eigentlich die potestas tutoris blos dem Civilrecht angehört, iſt wohl auſſer Zweifel. Denn die rechtliche Eigenſchaft des Tutors, die juriſtiſche Perſönlichkeit des Pupillen, die Art der auctoritatis interpositio, die Beſtellung und Endigung der Tutel, alles zeigt ja, daß die Tutel civilrechtlich ſey. Dennoch ſtreitet man über den geſetzlichen Grund der Entſtehung, oder die Gattung des hier genannten Civilrechts. Einige verſtehen unter dem *ius civile* die Geſetze der XII Tafeln,

56) S. *Ant.* Schulting ad *Gaji* Institut. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 67.)

57) *L.* 5. *et* 6. *D. de tut. testam.*

58) *L.* 1. §. 14. *et* 16. *D. de ventre in possess. mitt.*

z. B. Muretus. Andere nicht nur diese, sondern auch andere Gesetze, ja selbst Senatusconsulte, vermöge welcher Tutoren bestellt werden konnten, z. B. Franz Broeus [59]), Conrad Rittershusius [60]), und Pothier [61]). Noch andere erklären das ius civile von der interpretatio Prudentum. Sie sagen, die zwölf Tafeln hätten zwar das Recht der Tutel angeordnet, nachdem die Vormundschaft schon vorher als ein Institut des natürlichen und Völkerrechts im Gebrauche gewesen, aber die Gewalt des Vormundes hätten sie nicht bestimmt. Diese sey erst durch die interpretatio Prudentum festgesetzt worden. Diese Meinung haben besonders Paul Montanus [62]), Gerh. Noodt [63]), Heinrich Ernst [64]), und Janus a Costa [65]) zu vertheidigen gesucht. Wenn Cicero [66]), des Servius Zeitgenosse, sagt: *Jus civile* id esse, quod in legibus, Senatusconsultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis Magistratuum, more, aequitate consistat; so haben wir hier über die Worte *iure civili* den besten Commentar. Mit Unrecht tadelt daher Gebauer den Rittershus, daß er die Senatusconsulta mit hier-

59) Exposit. in Justin. Institut. h. t. nr. 4. pag. 121.

60) Comment. nov. in Justin. Instit. h. t. pag. 93.

61) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. d. pag. 91.

62) Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. 6. pag. 71.

63) Commentar. ad Dig. h. t. (*Opp.* Tom. II. pag. 538.)

64) Variar. Observation. Lib. II. cap. 35. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. V. pag. 1160.)

65) Comm. ad Institut. ad §. 1. h. t.

66) *Topica.* Cap. 5.

her gerechnet hat, da Cicero derſelben namentlich gedenkt [67]).

Die letzten Worte *data ac permissa* verſteht man nun faſt allgemein ſo, daß hierdurch auf die verſchiedenen Arten der Tutel hingedeutet werde, nämlich die tutela legitima ſey iure civili *data*, die testamentaria hingegen und dativa ſey iure civili *permissa* [68]). Allein eine ſolche räthſelhafte Erklärung dachte ſich wohl ſchwerlich Servius bey dieſen Worten. Denn die Worte *data ac permissa* gehen ja nicht auf tutela, ſondern auf die potestas tutoris in pupillum, wie ſchon Emund Merillius [69]) ſehr richtig gegen die gemeine Erklärung

67) Gajus *Institut. Comment. I.* §. 173. sqq. führt ſelbſt bey der Weibertutel mehrere Senatusconſulte an, die ſehr alt zu ſeyn ſcheinen. Und Ulpian. *Fr. XI.* §. 2. ſagt: Tutores aut legitimi sunt, aut *Senatusconsultis* constituti, aut moribus introducti. Man vergleiche hiermit *Tit. XI.* §. 22. und von Brockdorff Inſtitutionen Commentare des Gajus zum angeführt. §. 173. S. 646. ff.

68) Cujacius Paratitl. ad h. Tit. *Franc.* Duarenus Comm. ad h. t. Cap. 1. (*Opp.* pag. 295. Donellus Commentar. iuris civ. Lib. III. Cap. 1. §. 11. Huber Digress. Just. Lib. III. cap. 2. §. 5. *Janus a* Costa, Marcilius, *Frdnc.* Brobus, *Ev.* Otto, *Conr.* Rittershusius, *Ant.* Matthaei in Comment. ad §. 1. I. h. t. *Pet. de* Toullieu Collectan. pag. 287. Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 9. Walch ad *Hoppii* Comm. §. 1. h. t. nr. 4. et in Diss. de tutela extraneor. legitima. §. 2. Gebauer cit. Progr. pag. 8. sq. Wagner cit. lib. sing. §. 15. Seger Hist. tutelar. et curat. §. 3. *Opusc.* pag. 83.

69) Commentar. in Instit. ad §. 1. I. h. t. pag. 62.

erinnert hat. Wie kann denn auch die tutela legitima unter den Worten *iure civili data* verſtanden werden, da der Ausdruck *dare* von der teſtamentariſchen Tutel[70]) eben ſo, wie von der obrigkeitlich beſtellten Tutel[71]) gebraucht wird, ja die teſtamentariſchen Tutoren von Ulpian[72]) ausdrücklich *tutores dativi* genennt werden; dahingegen derſelbe Ulpian[73]) von den geſetzlichen Tutoren ſagt: legitimos tutores *nemo dat:* sed lex duodecim tabularum fecit tutores? Theophilus dachte auch wohl bey der Paraphraſe der Definition des Servius nicht an die verſchiedenen Arten der Tutel, wenn er ſie auf folgende Art erläutert: Επιτροπὴ ἔστιν, ὡς Σέρβιος ὁρίξεται, δίκαιον τι καὶ ἐξουσία κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς διδομένη, καὶ πρὸς ἀσφάλειαν αὐτῆς ἐπινενοημένη, διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, οὐ δυναμένης ἀυτῆς ἑαυτῇ προϊστάναι, ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας ἐπιτετραμμένη i. e. *Tutela est, ut*

70) Ulpian. *Fr. Tit. XI.* §. 14—17. et tot. tit. Pand. *de testam. tut.* XXVI. 2.

71) Ulpian. c. l. §. 18. 20. 21. et tot. Tit. Pand. *de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent.* XXVI. 5.

72) *Fr. Tit. XI.* §. 14. *Testamento* quoque nominatim *tutores dati* confirmantur eadem *lege duodecim tabularum*, — qui *tutores* DATIVI appellantur.

73) *L.* 5. *pr. D. de legitim. tutor.* und *L.* 1. *pr. D. eod.* ſagt Ulpian: *Legitimae tutelae* lege duodecim tabularum agnatis *delatae* sunt et consanguineis. Man vergleiche auch *Fragm. Tit. XI.* §. 3. Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, *qui ex lege duodecim tabularum* introducuntur.

SERVIUS *definit*, *ius aliquod et potestas in caput liberum* DATA, *et in tuitionem eius inventa, propter aetatis imbecillitatem, quae sibi ipsa praeesse* sequo regere *nequit, ex civili* iuris *ratione* PERMISSA, wie Reitz dieſe Stelle überſetzt hat. Eben deswegen hat auch Everhard Otto ſeine frühere Meinung nachher[74]) wieder geändert, und die Worte *iure civili data ac permissa* ſo erklärt, daß durch das Wort *data* eine dem Tutor nach dem Civilrecht über den Pupillen auch ohne deſſen Willen[75]) zuſtehende Gewalt, durch *permissa* aber eine ſolche Gewalt des Tutors angedeutet werde, welche durch die Interpretation in gewiſſe Gränzen eingeſchloſſen worden iſt, ſo daß ſie der väterlichen Gewalt zwar ähnlich, aber doch geringer, als dieſelbe ſey, z. B. ſich nicht ſo weit erſtrecke, daß der Tutor ein caput liberum einer fremden potestas unterwerfen könne, wie Gellius[76]) ſagt. Gebauer hat zwar dagegen erinnert, durch die Worte *ad tuendum eum* etc. wäre die Grenzlinie zwiſchen der potestas tutoris und patria ſchon hinlänglich gezogen, es wären auch die den Worten DARE und PERMITTERE untergelegten Bedeutungen durch keine hinlänglichen Zeugniſſe der Alten unterſtützt worden. Er erklärt daher ſeine eigne Meinung dahin, der Ausdruck *ius civile* bezeichne hier ſchlechterdings das Geſetz der zwölf Tafeln. Denn Paulus habe ohne Zweifel den Begriff des Servius aus deſſelben Commentaren über die zwölf Tafeln genommen, und Servius habe daher nur die darin gegründeten beyden Arten der Tutel, nämlich die legitima,

74) Vita Servii Sulpicii. Cap. VI. §. 4.

75) *L. 2. D. de Tutel. L. 6. D. de tutor. et curat. datis.*

76) *Noct. Atticar. Lib. V. cap.* 19.

als die *data* agnatis, und die testamentaria, als die *permissa* parentibus, andeuten wollen. Allein der eigenen Erklärung Gebauers steht entgegen, was schon oben gegen die gemeine Meinung erinnert worden ist; was er hingegen wider Otto's Erklärung eingewendet hat, steht derselben nicht entgegen. Denn es könnte wohl die Frage noch zweifelhaft gewesen seyn, wie weit sich das TUERI eum, qui *propter aetatem* se defendere nequit, worin der Beruf des Tutors besteht, erstrecke. Dieß könnte nun aber allerdings durch das *ius civile*, d. i. durch die interpretatio Prudentum, welche Pomponius [77]) als die Quelle desjenigen ius non scriptum angiebt, welches communi nomine *ius civile* genennt wird, seine nähere Bestimmung und Beschränkung erhalten haben. Mit Recht konnte also Servius sagen, die Tutel, nämlich die über Pupillen, worauf die justinianeische Gesetzgebung den Begriff der noch allein üblichen Art der Tutel beschränkt hat, sey eine Macht und Gewalt über eine Person, die *sui iuris*, d. i. von aller andern Familien-Gewalt befreit ist, aber wegen ihres jugendlichen Alters ihre Rechte selbst nicht wahrzunehmen, und für sich selbst auf eine rechtsgültige Art zu handeln vermag, zum Schutz und rechtlichen Vertretung derselben, von dem Civilrecht angeordnet und gestattet.

Ganz hiervon abweichend ist eine neuere Erklärung [78]), nach welcher die Definition des Servius nicht

77) *L.* 2. §. 5. *D. de orig. iuris.* S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 15. S. 57.

78) S. *Aug. Wilh. de* Schroeter Diss. cit. de nexu tutelae et iuris succedendi in bona defunctor. pag. 22.

von einer Gewalt des Vormundes über den Pupillen, ſondern von der Macht über das Seinige zu gebieten verſtanden wird, welche dem von der väterlichen Gewalt befreiten Unmündigen dem Rechte nach zuſteht, und von dem Vormunde verwaltet wird. Dem Vormunde ſelbſt könne keine Gewalt über den Pupillen zuſtehen. Eine potestas über ein caput liberum könne nur der Vater haben. Der tutor auch nicht einmal eine dieſer patria potestas ähnliche Familiengewalt. Von dieſer ſey in der Definition des Servius gar nicht die Rede, und könne auch nicht die Rede ſeyn, weil es an ſich widerſprechend ſeyn würde, daß nur Perſonen, quae in potestate non sunt, ſich in der Tutel befinden, wenn gleichwohl die Tutel ſelbſt eine potestas in caput liberum ſeyn ſollte [79]). Das Wort *potestas* habe hier eine ganz andere Bedeutung. Es bezeichne die einem Paterfamilias zuſtehende freye Gewalt, über ſein Vermögen zu verfügen [80]). Eine ſolche Macht habe jeder, der sui iuris iſt, auch der Pupill, weil ſie im Eigenthume begriffen iſt. Allein ſo lange der Paterfamilias noch unmündig iſt, habe er das Recht nicht ſie auszuüben und ſelbſt zu verwalten. Dieſe Verwaltung habe der Tutor, der Pupill nur das ius potestatis. Werde er von der Tutel frey, ſo erhalte er dieſe Dispoſitionsgewalt wieder. Dieß hätten die Rö-

Tutela *est potestas, libera plenaque de nostris iubendi facultas, pupillo competens, a tutore administrata.*

79) *Pr. I. de tut.*

80) §. 4. *I. de Usufr. L.* 4. §. 6. 7. 8. 9. 10. *et* 12. *D. de usurpat. et usucap. L.* 41. *D. eodem.* Theophilus *Paraphr. gr. Lib. III. Tit.* 1. §. 3.

mer genennt, *tutelam recipere, in suam tutelam venire, suae tutelae fieri*: oder, wie Gajus [81]) ſage, ad eam aetatem pervenit, *in qua res suas tueri possit.* Dieſe tutela ſey alſo nichts anders, als potestas. Beydes *in suam tutelam et in suam potestatem* habe auch Ulpian [82]) ausdrücklich mit einander verbunden. Wer alſo die freye und vollkommene Dispoſitions-Gewalt über ein fremdes Vermögen in eigenem Namen ausübt, von dem ſage man, er verwalte die Tutel des Eigenthümers, er habe deſſelben *potestas*. Jedoch ſey dieſes ſo zu verſtehen, daß das proprium *ius potestatis*, d. h. wenn man auf das Recht ſieht, Niemand als der Pupill habe. So lange er jedoch in der Tutel ſich befinde, ſey er der alleinigen Verwaltung dieſer Dispoſitions-Gewalt beraubt; das Recht ſelbſt aber behalte er, wie daraus erhelle, weil er einige Geſchäfte, einige Handlungen, ohne den Tutor, für ſich allein vornehmen könne [83]), ohne daß dem in einem ſolchen Falle handelnden Pupillen, vor Schlieſſung ſolcher Geſchäfte, die Tutel reſtituirt werde. Daher habe Servius die Tutel ſehr richtig definirt, wenn er ſagt, ſie ſey eine *potestas in capite libero*, denn darunter werde nichts anders als die sola de bonis disponendi facultas, patrifamilias competens, verſtanden, die von dem Tutor verwaltet werde [84]); und ſo ſey es nun auch kein Widerſpruch,

81) *Instit. Comm. I.* §. 197.

82) *L.* 15. §. 16. *D. de excusat.* Boethius *ad Topica Ciceronis.* Cap. 5.

83) *Pr. I. de auct. tutor.*

84) *L.* 3. *C. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* (V. 42.)

wenn Justinian in seinen Institutionen sage, daß von den Personen, quae in potestate non sunt, einige in der Tutel sich befänden, und gleichwohl die Tutel mit Servius durch ius und potestas definire. Auch die Worte *in capite libero* könnten keinen Zweifel erregen, weil dadurch nichts anders angedeutet werde, als daß die potestas oder Tutel einer von der väterlichen Gewalt befreiten Person verwaltet werde. Diese tutelae oder potestatis administratio geschehe nun von Seiten des Tutors durch auctoritatis interpositio [85]). Wird der Pupill von der Tutel befreit, so erlange er mit der Tutel auch die Auctorität wieder-, d. h. nun sey er selbst negotiorum suorum auctor. Von dem Augenblick an, da die Tutel geendiget ist, sey es, wenn wir auf das Recht sehen, jedem erlaubt, sein Vermögen selbst zu verwalten. Allein es könne geschehen, daß jemand wegen eines physischen Naturfehlers, dennoch die ihm als paterfamilias suae aetatis zustehende potestas de facto zu verwalten unfähig sey. In einem solchen Falle bekomme der, wenn gleich nicht mehr Unmündige, einen Curator, welcher die Dispositions-Gewalt über sein Vermögen de facto ausübe. Der Unterschied zwischen Tutel und Curatel wird nun darin gesetzt. Wer in der Tutel ist, habe in Absicht auf das Recht selbst keine Administration seiner potestas, während derjenige, welcher in der Curatel ist, zwar das Recht zur Administration hat, allein diese Administration wegen eines ihm beywohnenden physischen Mangels selbst de facto nicht ausüben könne. Der Tutor interponire daher seine Auctorität, indem er erklärt, daß das Geschäft seines Mündels gültig sey, das heißt, wegen der dem Handelnden mangelnden Verwaltung seiner

85) *L. 3. D. de auct. et cons. tut. et curat.*

potestas mit keinem Fehler behaftet sey. Der Curator hingegen gebe seinen Consens, indem er erklärt, daß in dem gegenwärtigen Falle aus dem physischen Mangel, der dem Curanden beywohnt, demselben kein Schade entstanden sey, oder entstehen werde. Die Gesetze der XII Tafeln gedenken nur der Curatel der Wahnsinnigen und der Verschwender. Daß der furiosus nicht aus Mangel des Rechts, sondern blos wegen eines physischen Mangels seiner Natur von der eigenen Verwaltung der ihm zustehenden potestas abgehalten werde, lasse sich daraus beweisen, weil bey lichten Zwischenräumen, wo das physische Hinderniß aufhört, der Wahnsinnige sogleich wieder selbst de facto handeln kann. Den Verschwender hätten die Römer wegen seiner Prodigalität, welche sie für eine Krankheit der Seele gehalten, wie einen furiosus behandelt, und ihm daher einen Curator gegeben, damit er nicht sich selbst um sein Vermögen bringe. Der Prodigus könne daher, eben so, wie der Wahnsinnige, nur wegen eines physischen Naturfehlers sein Vermögen selbst factisch nicht verwalten; diese Macht aber habe er nicht nur, wenn man auf das Recht sieht, sondern übe sie auch aus. Dies gelte auch sogar von einem furiosus. Denn was der Curator thut, sey dem Rechte nach so anzusehen, als wäre es von dem furiosus selbst geschehen. Der Tutor hingegen verwalte nicht nur de facto, sondern auch de iure die dem Pupillen zustehende potestas. Daher sage man vom Tutor, auctor fit, weil er selbst de iure für den Pupillen handelt. Der Curator aber gebe blos seinen Consens, und schon dieses Wort selbst deute an, daß hier ein Anderer de iure handle, nämlich der Prodigus, oder solches, wie beym furiosus, de iure angenommen werde. Eben deswegen, weil das ganze Verhältniß bey der Cura-

tel mehr factisch, als rechtlich ist, sey auch in dem Gesetz der XII Tafeln keine gewisse Zeit festgesetzt, da sie sich endige, sondern sie höre auf, wenn der Naturfehler gehoben ist. Der Tutel hingegen sey eine gewisse Zeit gesetzt, nach deren Ablauf sie wieder in die Hände des Pupillen zurückkehre. Löhr habe zwar Recht, wenn er den Unterschied zwischen Tutel und Curatel in dem Unterschiede zwischen auctoritas und consensus setze. Allein dieser Unterschied betreffe mehr die Art, wie sich die Tutel und Curatel wirksam äussere; der letzte Grund dieses Unterschiedes beruhe vielmehr darin, daß demjenigen, welcher in der Tutel ist, die administratio potestatis de iure mangle, der Tutor diese potestas de iure verwalte, der Tutor also de iure handle. Der Curator hingegen verwalte die dem Curanden zustehende potestas blos de facto, und scheine mir de iure zu handeln, indem derjenige, welcher in der Curatel ist, seine potestas oder tutela dem Rechte nach selbst administrire.

Es ist nicht zu läugnen, daß diese Ansicht sehr consequent durchgeführt ist; allein sie hat den Sprachgebrauch, und die ganze Construction gegen sich. Denn die Bedeutung von *potestas*, welche hier in der Definition der Tutel zum Grunde gelegt wird, gehört offenbar nicht hierher. Nur in der Sphäre der Vermögensrechte ist von einer potestas, als einem Rechte des Eigenthümers, frey über das Seinige zu verfügen, die Rede [86]). Darauf deuten auch alle die für jene Erklärung angeführten Gesetzstellen hin. Allein ganz verschieden davon ist die Bedeutung dieses Worts im Familienrechte, und dieß

86) S. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abh. VII. Nr. III. S. 286.

ist doch, wie schon oben bemerkt worden, die Stelle, welche beyde Institute, die Tutel und Curatel, in dem Röm. Rechts-System einnehmen. Hier bezeichnet der Ausdruck *potestas* im eigentlichen Sinn die auf väterlicher und herrschaftlicher Gewalt beruhende Familien-Verbindung [87]), und bezieht sich daher, wie das ganz gleichbedeutende Wort *manus*, auf die Gewalt, die wir über einen Andern ausüben [88]). Daher wird von Sklaven gesagt, sie sind *manui* et *potestati* suppositi [89]), und von Kindern, sie sind *in manu parentum* [90]); überhaupt aber sagt Ulpian [91]): *Potestatis* verbum ad omnes, qui sunt *alieno iuri* subiecti, porrigendum est, und nur in Beziehung auf diese Familien-Gewalt wird das Daseyn der Selbstständigkeit einer Person, durch die Formel: *sui iuris*, oder *suae potestatis* homo [92]) ausgedruckt. Dieselben Ausdrücke, *potestas* und *manus* werden nun auch von der Tutel und Curatel, als Analogien der väterlichen Gewalt, gebraucht. Denn so wird die Benennung *manus* von den Classikern [93]) auf die

87) Dirksen a. a. O. S. 282. f.

88) S. Gans Scholien zum Gajus. 3. Schol. S. 138.

89) *L. 4. D. de iustit. et iure.*

90) Livius *Lib. XXXIV. cap. 2. XXXIV. c. 7. XXXIX. cap. 9. et 18.*

91) *L. 1. §. ult. D. de tribut. act. L. 1. §. ult. D. de peculio. L. 20. §. 1. D. Qui testam. fac. poss.*

92) Gajus *Institut. Commentar. II. §. 147. L. 43. D. de obligat. et act. L. 2. C. ad SCtum Macedon.*

93) Livius *Lib. XXXIV. cap. 2.* Plautus *Trucul. Act. IV. Sc. IV. v. 6.* In dieser letztern Stelle ist das *mans* für manus gesetzt, und also manus tutor zu lesen. S. Tur-

tutela feminarum angewendet, und die cura furiosi in den zwölf Tafeln selbst[94]) eine *potestas* agnatorum gentiliumque IN EO (sc. furioso,) PECUNIAVE EIUS genennt. Offenbar deutet dieses auf eine Art von Familiengewalt hin, welche dem Vormund über den Pflegbefohlnen eingeräumt wird. Dieß beweißt nicht nur die Zusammenstellung der manus parentum, manus virorum, und manus fratrum, bey den Frauensperſonen in der bekannten Stelle beym Livius[95]), unter welcher Letztern nichts anders als die tutela feminarum legitima verstanden wird[96]); sondern eben dieses beweist auch die Stelle des Paulus, welcher *libro XXXVIII. ad Edictum*[97]) sagt: quod tutor non *rebus* dumtaxat, sed etiam *moribus pupilli* praeponatur. Von einer solchen potestas tutoris sprechen auch Cicero[98]) und Gellius[99]), und von einer solchen potestas tutoris in pupillum versteht auch Theophilus den Begriff des Servius von der Tutel. Die Bedeutung von *potestas*, welche dem Sachenrechte eigen ist, kann also hier um so weniger zum Grunde gelegt werden, da die tutela

REBUS Adversar. Lib. II. cap. 21. GESNER Thes. Ling. Lat. v. *Manustutor.* und Dirksen's Beiträge S. 285. Not. 109. Anderer Meinung ist jedoch Hugo in d. Gesch. des Röm. Rechts. S. 371. Not. 3. der 8. Aufl., welcher das Wort *mans* für amans nimmt.

94) AUCTOR *ad* HERENN. *Lib. I. cap.* 13.

95) LIVIUS *XXXIV.* 2.

96) S. den 28. Th. §. 1298. S. 447. Not. 76.

97) *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.*

98) *Pro Muraena.* cap. 12.

99) *Noct. Atticar.* Lib. V. cap. 19.

feminarum mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu thun hatte [100]), und es überdem gegen die lateiniſche Conſtruction ſtreitet, wenn man, um die Diſpoſitionsgewalt des Eigenthümers auszudrucken, ſagen wollte potestas *in eo* data est. Wie kann endlich die Tutel nach dem Begriff des Servius eine potestas libera de nostris iubendi, pupillo competens, a tutore administrata ſeyn, da die auctoritatis interpositio, worin doch der weſentliche Character der Tutel beſteht, vorausſetzt, daß der Pupill ſelbſt handle, und der Tutor die unvollſtändige Willensäuſſerung des Mündels nur durch ſein Vollwort ergänzt. So lange der Pupill noch Kind iſt, handelt freylich der Tutor Statt deſſelben allein; es iſt aber auch, in Abſicht auf dieſe gestio oder administratio, zwiſchen der Tutel und Curatel kein Unterſchied, wie dieſes ſchon oben bemerkt worden iſt. Daß die Curatel aufhört, wenn das Hinderniß gehoben iſt, iſt kein unterſcheidendes Merkmal, weil dieſes auch bey der Tutel Statt findet. Denn auch dieſe hört auf durch Wegfallen der Vorausſetzung, um derentwillen ſie beſtellt wurde, alſo wenn das Hinderniß des Alters gehoben iſt. Nun war ja der männlichen Pubertät vor Juſtinian [1]) eben ſo wenig, wie der Curatel der Wahnſinnigen und der Verſchwender, eine gewiſſe Zeit geſetzt, da ſie eintrat, und nach deren Ablauf ſich die Tutel endigte [2]). Sie konnte ſich daher bald früher, bald ſpäter endigen. Denn wie bald die Pubertät eintrete, darüber ſtritt man ſich ja noch zu Ulpians Zeiten [3]). Gewöhnlich

100) Gajus *Comm. I.* §. 190.

1) *L. ult. Cod. Quando tutor. vel curator. esse desin.*

2) S. *Em.* Merillii Observation. Lib. V. cap. 16.

3) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 28. Man ſehe auch Gajus

hing dieſes von der frühern oder ſpätern Entwickelung des Einzelnen ab [4]). Von einer allgemeinen Zeitbeſtimmung nach Jahren war Anfangs noch keine Rede [5]). Daher pflegten die Teſtatoren gewöhnlich die Zeit der Pubertät zu beſtimmen [6]), oder ſie ließen die Zeit unbeſtimmt, wie in den Formeln: *cum ad pubertatem pervenerit* [7]), cum *in tutelam suam pervenerit* [8]). Dahingegen hatte ſchon längſt vorher die Lex Plaetoria die Jahre der Großjährigkeit beſtimmt, welche daher Plautus [9]) lex quinavicenaria nannte, mit deren Eintrit die Curatel der Minderjährigen erliſcht. Wenn endlich der Hauptun-

Instit. Comm. I. §. 196. und Hugo Lehrb. der Geſch. des Röm. Rechts. S. 670. der 8. Aufl.

4) Hugo Lehrb. S. 121.

5) Hugo Lehrbuch. S. 370. f.

6) *L.* 36. §. 1. *D. de condit. et demonstr. L.* 46. *D. ad SCtum Trebell.* Hierher gehört auch die Stelle aus Paulus Briefe an die Galater Kap. IV. v. 1. u. 2. ἐφ' ὅσον χρόνον δ' κληρονόμος νήπιός ἐστιν, οὐδὲν διαφέρει δούλου, κύριος πάντων ὤν· Ἀλλὰ ὑπὸ ἐπιτρόπους ἐστὶ καὶ οἰκονόμους ἄχρι της προθεσμίας τοῦ πατρός· i. e. *Quamdiu heres impubes est, nihil differt a servo, quamvis omnium* (bonorum) *sit dominus; sed tutoribus subest et dispensatoribus* USQUE AD TEMPUS A PATRE CONSTITUTUM. Man ſehe über dieſe Stelle *Jo. Ortw.* Westenberg Diss. de iurisprudentia Pauli Apostoli: (in *Opuscul. a* Püttmanno *edit.* Fasc. I. *Lipsiae* 1794. 8. pag. 42. sq.)

7) *L.* 56. *pr. D. de fideicomm. libertat.*

8) *L.* 54. *D. de hered. instituend. L.* 39. *D. de vulg. et pupill. substit.* Gaius *Comm. II.* §. 179.

9) *Pseudol. Act. I. Sc. III. v.* 69.

terschied zwischen Tutel und Curatel darin gesetzt wird, daß der Pupill die Ausübung der ihm als Eigenthümer zustehenden Dispositions-Befugniß, rücksichtlich des Rechts, nicht habe, dem Curanden hingegen diese Administration in Absicht auf das Recht zustehe, und nur wegen eines physischen Natur-Fehlers an deren Ausübung *de facto* gehindert werde; und wenn daraus erklärt werden will, warum der Tutor Auctorität interponire, der Curator aber nur seinen Consens gebe; so möchte auch dieser Unterschied schwer zu beweisen seyn. Denn erstens beschränkt sich dieses nur auf die cura furiosorum und prodigorum; ohne Rücksicht auf die Curatel der Minderjährigen. Es ist aber auch zweytens dem Wahnsinnigen so gut, wie dem unter die Curatel gesetzten Verschwender, die Administration seines Vermögens nicht blos de facto, sondern auch in Rücksicht des Rechts entzogen. Von dem Verschwender sagen dieses klare Gesetze.

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.

So lehrt Ulpian *libro primo ad Sabinum* [10]). Diesem ist auch nicht entgegen, wenn eben dieser Jurist in eben diesem Buche [11]) sagt:

Eum, *cui lege bonis interdicitur*, heredem institutum posse adire hereditatem constat [12]).

10) *L.* 1. *pr. D. de curatorib. furioso et aliis dandis.*

11) *L.* 5. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

12) Daß die Antretung der Erbschaft, als eine verbindliche Handlung, nicht ohne Consens des Curators geschehen könne, versteht sich. S. *Bernh. Henr.* Reinoldi Va-

Denn dieſes beweiſt noch nicht, daß ihm die Adminiſtrations-Befugniß de iure gebühre, und von dem Curator blos de facto ausgeübt werde; ſonſt würde ja Ulpian mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſeyn, wenn er an einem andern Orte, nämlich *libro XXVI. ad Edictum* [13]), einen ſolchen, cui bonis interdictum eſt, dem Pupillen gleichſetzt. Wie verträgt ſich ferner mit jener Theorie die bekannte Interdictions-Formel, die uns Paulus [14]) aufbehalten hat:

QUANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS: OB EAM REM TIBI EA RE COMMERCIOQUE INTERDICO?

Könnte man nach einer ſolchen Interdiction wohl im Ernſt behaupten, prodigum, cui bonis interdictum, *si ad ius respicimus*, potestatem non solum *administrare posse*, sed eam quoque *administrare*, curatorem vero in ipsa administratione ei tantum succurrere, ne ex animi morbo bona damnum caperent? Wer erinnert ſich nicht hier an die treffende Stelle des Horaz [15]):

Interdicto huic OMNE *adimat* IUS *Praetor, et ad sanos abeat tutela* [16]) *propinquos?*

rior. Cap. 1. (in *Opuscul. iurid.* a JUGLERO *editis* pag. 56. sqq.)

13) L. 9. §. 7. *D. de rebus credit.*

14) *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 4. A.* §. 7.

15) *Satyrar. Lib. II. Sat. III. v. 217. sq.*

16) Daß hier tutela für curatio ſteht, hat ſchon CRUQUIUS in Comment. ad h. L. pag. 451. (*Lugd. Bat.* 1697. 4.)

Das Nämliche gilt noch mehr von einem furiosus, von dem Gajus [17]) ſagt: sive stipuletur, sive promittat, *nihil agere*, natura manifestum est. Daher entſteht aus den Handlungen eines prodigi, die er ohne Conſens ſeines Curators vornimmt, nicht einmahl eine obligatio naturalis, ſo wenig, wie aus den Handlungen eines furiosi, da beyde immer einander gleichgeſetzt werden [18]).

Heutzutage erſcheint die Vormundſchaft blos als eine Pflicht der Fürſorge für ſolche Perſonen, die factiſch oder juriſtiſch unfähig ſind, für ſich oder ihr Vermögen zu ſorgen. Dieſe iſt entweder einem Privatmanne übertragen, oder ſie liegt der Obrigkeit ob. Im erſten Falle nennen wir ſie Vormundſchaft im eigentlichen Sinne, und ſie wird jetzt blos als eine Bürgerpflicht betrachtet, die Jeder zum Beſten des Staats übernehmen muß, den nicht geſetzlich anerkannte Gründe entſchuldigen [19]). Unter dieſer Vormundſchaft iſt die römiſche Tutel und Curatel begriffen, für welche das Röm. Recht keinen gemeinſchaftlichen Namen hat. Beyde kommen zwar rückſichtlich der

bemerkt. Noch mehrere Beyſpiele führt *Jac.* Cujacius in Commentar. in Tit. Pandect. de Excusationib. ad L. 8—12. circ. fin. an. Man ſehe auch Montanus de iure tutelar. et curat. Cap. 1. nr. 14. et 15.

17) *L.* 1. §. 12. *D. de oblig. et act.*

18) *L.* 6. *D. de Verbor. obligat.* S. den 4. Th. dieſes Commentars. §. 288. S. 57.

19) *Pr. I. de Excusat. tutor. et curator.* Nam et tutelam et curam placuit *publicum munus* esse. *L.* 1. §. 4. *D. de munerib. et honor.* Personale munus est *tutela*, *cum adulti*, *furiosive* item *prodigi* etc.

Rechte in den meisten Puncten mit einander überein [20]; jedoch besteht noch immer ein wesentlicher Unterschied darin, daß die Tutel nur bey Unmündigen vorkommen kann, die sui iuris, und also nicht mehr unter väterlicher Gewalt sind, in Ansehung deren dem Tutor die Gewalt zusteht, die unvollständige Persönlichkeit derselben durch Interposition seiner Auctorität zu ergänzen. Eine solche Gewalt ist dem Curator nicht gegeben. Wo also die Ergänzung der juristischen Persönlichkeit entweder nicht möglich, oder nicht nöthig ist, tritt die cura ein [21]. Sie kann daher sowohl bey Mündigen als Unmündigen [22],

20) Z. B. in Rücksicht der Fähigkeit zur Uebernehmung einer Vormundschaft, Cautionsleistung, Verwaltung und der dabey zu beobachtenden Pflichten, der Excusation und Remotion. S. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Vol. II. §. 312. und Schweppe Römisches Privatrecht §. 743.

21) Z. B. Ventri tutor a magistratibus Populi Romani dari non potest, curator potest. Modestinus *L.* 20. *D. de tutoribus et curatoribus datis.* (XXVI. 5.) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 6. S. 27. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 113.

22) Daß auch einem Unmündigen, der keinen Tutor hat, gleich Anfangs zur Verwaltung seines Vermögens ein Curator gegeben werden könne, lehrt Paulus *L.* 19. *D. de auct. et cons. tutorum et curator.* Diese Curatel reicht aber freylich nicht hin, wo eine Förmlichkeit des Rechts eintritt, und eine interpositio auctoritatis die Berufung eines Tutors nöthig macht. Daher sagt Paulus a. a. O. Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae solemnitatem iuris desiderant, explicanda, tutore auctore opus esse. Es kommt z. B.

sowohl bey denen, die sui iuris sind, als auch sogar bey denen vorkommen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen [23]).

Das Uebrige bleibt dem Titel de curatoribus (XXVII. 10.) vorbehalten.

Sofern aber den ordentlichen Obrigkeiten die Bestellung der Vormünder und die Aufsicht über deren Verwaltung obliegt, pflegt man dieses h. z. T. die Obervormundschaft, (suprema magistratuum tutela) zu nennen, welche den Römern zwar dem Namen nach fremd, aber der Sache nach allerdings bekannt ist [24]). Sie war

auf Antretung einer Erbschaft an. Hier muß ein Tutor gegeben werden, damit der Pupill durch ihn ergänzt, selbst handeln könne. Der Consens eines Curators ist hierzu nicht hinreichend. *L.* 17. §. 1. *D. de Appellat.* Des curatoris pupilli gedenken auch *L.* 9. §. 9. *L.* 32. *pr. L.* 33. *L.* 48. *D. de admin. et peric. tut.* S. von Löhr a. a. O. §. 7. S. 39. und Derselbe von der Cura über Unmündige; im neuen Magazine 1. B. S. 440. ff. und von Wening-Ingenheim angef. Lehrbuch 3. B. §. 113. S. 87.

23) Z. B. wenn wegen der Verwaltung des peculii adventitii irregularis eine Curatel nothwendig ist, weil sie der Vater nicht übernehmen will, oder derjenige, welcher die Güter dem Kinde hinterließ, sie dem Vater entzogen hat. *L.* 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liberis.* (VI. 61.) *Nov. CXVII. cap.* 1. *pr.* S. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 748. von Wening-Ingenheim a. a. O. S. 88.

24) S. *Jo. Gottl.* Heineccii Diss. de suprema principum magistratuumque tutela; (in *Opusculor. varior. Sylloge.* Exerc. XIX. pag. 703 — 735.) Danz Handbuch des deutsch. Privatr. 7. Band §. 623. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 731.

nach dem Röm. Recht kein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern gehörte zur legis actio, und war daher nur in den Händen gewisser Obrigkeiten [25]), von denen Lib. XXVI. Tit. 5. die Rede seyn wird. In Deutschland ist sie mit einer jeden Civilgerichtsbarkeit verbunden. Sie äussert ihre Wirksamkeit besonders in Bestellung oder Bestätigung und Absetzung der Vormünder. Beydes geschahe bey den Römern gewöhnlich auf Antrag. Ein solcher Antrag auf Bestellung wird petitio tutorum vel curatorum genennt, davon ein Mehreres Lib. XXVI. Tit. 6. Der Antrag auf Absetzung aber postulatio suspecti tutoris vel curatoris, davon Lib. XXVI. Tit. 10. Sie hält ferner den Vormund zur erforderlichen Cautionsleistung an. (Satisdatio tutorum vel curatorum), wovon in den Institutionen Tit. 6. Lib. I. und in den Pandecten der Tit. *Rem pupilli vel adolescentis salvam fore XLVI.* 6. handelt. Sie concurrirt auch bey der Verwaltung der Vormundschaft in Fällen, wo die Zuziehung des Gerichts vorgeschrieben ist, z. B. bey Veräusserungen, wovon Lib. XXVII. Tit. 9. ferner bey Ablegung der Rechnung, wozu zwar der Vormund nach dem Röm. Recht erst, wenn die Vormundschaft geendiget war, mittelst der actio tutelae angehalten werden konnte [26]); jetzt aber, nach der Vorschrift der deutschen Reichsgesetze [27]), alle Jahre verlangt werden kann. Sogar über

25) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.*

26) *L.* 1. *in fin. L.* 4. *pr. L.* 9. §. 4. *D. de tutelae et rationibus distrahend.* (XXVII. 3.) *L.* 2. *L.* 14. *Cod. de administr. tator.*

27) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. 32. §. 3.

Anordnungen des Vaters kann sich die Obrigkeit hinwegsetzen, wenn sie dieselben nachtheilig findet [28]).

§. 1299.

In wiefern wird die Tutel ein munus publicum genennt?

Die Vormundschaft, und zwar sowohl die Tutel, als Curatel, wird in den Gesetzen ein publicum munus genennt [29]). Das Wort *munus* bezeichnet in der Sprache des Röm. Rechts eine Last, eine Bürde, zu deren Uebernehmung ein Bürger nach den Gesetzen des Staats genöthiget werden kann, weil der Staat dabey interessirt ist. Marcian [30]) sagt: *Munus* proprie est, quod necessarie obimus, lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. Und Paulus [31]): Munus — dicitur onus, quod cum remittatur, vacationem militiae munerisque praestat, inde *immu-*

28) *L.* 10. *D. de confirm. tut.* Typhoninus *libro XIV. Disputat.* Utilitatem pupillorum Praetor sequitur: non scripturam testamenti vel codicillorum: nam patris voluntatem Praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa Praetor de tutore comperta habet.

29) *Pr. I. de excusat. L.* 9. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* S. *Ant.* Fabri Jurisprudent. Papinianeae scientia. Tit. XXIV. Princ. 1. pag. 1090. *Ulr.* Huberi Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 21. pag. 541 — 545. und *Ev.* Ottonis de Aedilibus coloniarum et municipior. lib. sing. Cap. XIV. §. 2. pag. 498. sq.

30) *L.* 214. *D. de Verbor. Signif.* Add. *L.* 9. *D. de munerib. et honorib.*

31) *L.* 18. *D. de Verb. Signif.*

nitatem appellari. Ein ſolches Amt iſt nun entweder mit Rang und Würde im Staate, auch wohl mit Gehalt verknüpft, oder nicht. In jenem Falle wird es *honor*, ein Ehrenamt, in dieſem aber *munus* im eigentlichen Sinne, ein bloßes Pflichtamt genennt [32]). Beydes unterſcheidet Modeſtin [33]) wenn er ſagt: *Honorem* sustinenti *munus* imponi non potest: *munus* sustinenti *honor* deferri potest. Ein ſolches munus, mit welchem kein Rang und Würde verbunden iſt, war wieder von zweyerley Art. Es beſtand entweder in ſolchen Leiſtungen, die einen Vermögens-Aufwand und Koſten erforderten; ein ſolches wird *munus patrimonii*, oder *patrimoniale* genennt; oder in einer bloßen Dienſtleiſtung, die zwar Mühe und Sorgfalt erfordert, aber doch mit keinem weitern Koſten und Vermögens-Aufwande verknüpft iſt. *Munus personale.* Hermogenian [34]) ſagt. Illud tenendum

32) S. tot. Tit. Pand. *de muneribus et honoribus* (Lib. L. Tit. 4.) beſonders *L.* 14. *h. t.* S. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Commentar. Lib. I. ad L. 1. D. de munerib. et honor. pag. 369—391.

33) *L.* 10. *D. de munerib.* S. *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digest. ex Herennii Modestini XI. libris Differentiar. supersunt. Cap. VI. (in Oelrichs *Thes. Diss. Belgic.* Vol. I. T. I. p. 45.)

34) *L.* 1. §. 3. *D. de munerib. et honor.* Arcadius Charisius *L. ult. D. eodem* nimmt zwar noch eine dritte Gattung an, nämlich *munera mixta;* allein ohne hinreichenden Grund, wie Finestres cit. loc. §. 4. p. 371. gezeigt hat. Mit Hermogenian ſtimmt auch Ulpian überein, welcher *L.* 6. §. 3. *D. eodem* ſagt: Sciendum est, quaedam esse *munera*, aut *personae*, aut *patrimoniorum*: itidem quosdam esse *honores.*

est generaliter, *personale* quidem *munus* esse, quod corporibus, labore, cum sollicitudine animi ac vigilantia solemniter [35]) extitit [36]): *patrimonii* vero, in quo sumptus maxime postulantur. Alle dieſe munera werden *civilia*, oder *publica* [37]) genennt, je nachdem ſie den Staats-Organismus (statum reipublicae) [38]) ſelbſt, und das allgemeine Beſte deſſelben, (quae sunt publice utilia) [39]) unmittelbar zum Gegenſtande haben, oder an ſich blos den Privatnutzen

35) Statt *solemniter* leſen Halvander, Chevallonius, Miräus, Baudoza und Beck, principaliter. Dieſer Lesart geben auch Cujacius Paratitl. in Pand. Tit. de muneribus et honoribus, und *Jos.* Finestres c. l. §. 3. pag. 270. Beyfall, weil ihr auch die *Basilica* entſprechen, welche πρωτοτύπως haben. Allein Pothier Pandect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 4. Nr. II. Not. c. pag. 602. vertheidiget die florentiniſche Lesart, welche von den gloſſirten Ausgaben auch Merlinus und Hugo a Porta beybehalten haben, weil bey den Alten dasjenige *solemne* genannt wurde, was alle Jahr geleiſtet werden mußte. Dieſe Bedeutung beſtätigen Festus voc. *Sollo*. Servius Comm. ad Aeneid. Lib. III. v. 301. beſonders Augustinus *Sermon.* 186. S. *Alb. Diet.* Treckell ad Brissonii Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. IV. cap. 3. pag. 134.

36) Statt *extitit* will Finestres c. l. lieber exercetur, oder expeditur leſen. Chevallonius, Baudoza, Merlinus, und Hugo á Porta leſen hingegen mit der Gloſſe *existit*. Dieß ſcheint auch wohl die richtigere Lesart zu ſeyn, wie Finestres ſelbſt dafür hält.

37) *L. ult.* §. 28. *D. de munerib. et honor.*

38) *L.* 1. §. 2. *D. de iustit. et iure.*

39) §. 4. *I. eodem.* Theophilus in Paraph. gr. ad h. §.

einzelner Staatsbürger betreffen, den Staat selbst aber nur mittelbar interessiren. Erstere werden *publica* im eigentlichen Sinne, letztere auch *privata* genennt [40]). Daher sagt Callistratus [41]): *Munus* aut *publicum* aut *privatum* est. PUBLICUM MUNUS dicitur, quod in administranda republica cum sumtu sine titulo dignitatis subimus. Und Pomponius [42]): MUNUS PUBLICUM est officium privati hominis [43]), ex quo commodum ad singulos, universosque cives, remque eorum imperio magistratus extraordinarium [44]) pervenit. Es fragt sich nun, in wiefern die Vormundschaft ein munus publicum sey? Daß sie ein munus personae oder privati hominis sey, ist ausser Zweifel. Denn Hermogenian [45]) und Arcadius [46]) nennen sowohl die Tutel als Curatel ausdrücklich ein personale munus. Daß aber die Vormundschaft auch ein munus

40) S. POTHIER Pand. Justin. c. l. Not. d.

41) *L.* 14. §. 1. *D. de munerib. et honorib.*

42) *L.* 239. §. 3. *D. de Verb. Signif.*

43) Dieses deutet dahin, daß ein munus mit keiner Dignität verbunden ist. S. POTHIER c. l. Not. a.

44) Einige wollen *extraordinario* lesen, z. B. FINESTRES c. l. §. 2. und POTHIER c. l. Not. b. weil die Obrigkeit ein solches munus extra ordinem, nämlich captis pignoribus, auflegen konnte. Eben so liest und erklärt auch die Glosse. So lesen auch mehrere Ausgaben. Haloander, Miräus, Baudoza, Merlinus, und Beck. Andere, z. B. Chevallonius, *extra ordinem. Andr. Guil.* CRAMER de Verbor. Significatione pag. 123. hat die florentin. Lesart vorgezogen.

45) *L.* 1. §. 4. *D. de munerib. et honorib.*

46) *L.* 18. §. 1. *D. eodem.*

publicum ſey, mag Anfangs nicht auſſer Zweifel geweſen ſeyn. Dieß läßt ſich aus den Worten ſchließen: nam et tutelam vel curam *placuit* publicum munus esse[47]). Denn der Ausdruck PLACUIT wird gewöhnlich gebraucht, wenn ein Satz Anfangs controvers war, aber nachher von allen, oder von den meiſten Rechtsgelehrten angenommen worden iſt[48]). Dieſe Bedeutung liegt auch hier zum Grunde[49]). Es iſt alſo nun auſſer allem Zweifel, daß die Tutel ein munus publicum ſey. Aber inwiefern? Daß die Vormundſchaft kein öffentliches Amt in dem Sinne ſey, in welchem darunter ein ſolches Amt verſtanden wird, das in Verwaltung öffentlicher, den Staat ſelbſt betreffender, Geſchäfte beſteht, iſt offenbar. Denn zunächſt gereicht die Vormundſchaft doch nur zum Nutzen einer Privatperſon, nicht des ganzen Staats. Daher hat auch der Vormund nicht das öffentliche Anſehen eines Staatsbeamten, ſondern er iſt, als Vormund, eine bloße

47) *Pr. I. de Excusat. tator. vel curator.*

48) GAJUS *Institut. Comment. I.* §. 147. *Lib. II.* §. 91. 92. 178. 196. *L.* 9. §. 4. *D. de Usufr. L.* 63. §. 3. *D. Pro socio.* u. m. a. S. *Jos. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. VII. Cap. 4. §. 1. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 354.) *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. Jur. Rom. Lib. V. cap. 7. pag. 24. edit. *Heinecc.* und *Frid.* HÄNEL Commentat. de verborum formulis Vett. ICtorum. §. 7.

49) S. MURETUS ad pr. I. de Excusat. *Marc.* VERTRANIUS MAURUS de iure liberorum. Cap. 18. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 1013.) *Ev.* OTTO de Aedilib. coloniar. et municipiorum. Cap. XIV. §. 2. und *Car. Frid.* WALCH ad *Hoppii* Commentar. ad Institut. Pr. I. de Excusat. Nr. 2. Not. c. pag. 211.

Privatperſon. In dieſer Beziehung ſagt daher Modeſtin *libro secundo Excusationum* [50]: Tutela non est *reipublicae munus*, nec quod ad impensam pertinet: sed civile, nec provinciale [51] videtur tutelam administrare. Und in eben dieſer Beziehung ſagt *Ulpian libro primo Disputationum* [52]: Reipublicae nihil, quod ad rem pecuniariam attinet, interest,

50) *L.* 6. §. 15. *D. de Excusat.* Einige wollen die Aechtheit dieſer hier zwiſchen dem Griechiſchen eingerückten lateiniſchen Stelle bezweifeln. Z. B. Cujacius in Not. ad pr. I. de Excusat. tut. vel curat. Augustinus ad Modestinum h. L. und Otto c. l. pag. 499. Allein daß hierzu kein hinlänglicher Grund vorhanden ſey, hat *Jan. Thom. Guil. van* Alphen in Specim. exhibente selecta quaedam iuris publici et privati capita (*Lugd. Batavor.* 1792.) Cap. 2. wo er über die Fragmenta graeca ex *Modestini* libris Excusationum in Pandectis reliqua commentirt, pag. 45. sq. gezeigt. Cujacius hat in der Folge, nämlich in Recitation. ad Modestinum, ad h. *L.* ſeine Meinung wieder zurückgenommen. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 173. hält dieſe Stelle für Worte Ulpians wegen §. 5. *fin.* §. 6. *et* 13. *iunct. L.* 1. §. 2. *D. eodem.*

51) Statt *provinciale* will *Franc.* Zoannettus in Restitution. ad libros L. Digestor. Lib. sing. Cap. 10. (*Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 653.) *patrimoniale* leſen. Allein Wieling c. l. hat dagegen erinnert, daß auch ſchon vorher von muneribus provincialibus die Rede geweſen, und in den *Basilicis* Tom. V. pag. 4. heiße es ebenfalls ὄντε ἐπαρχικόν.

52) *L.* 2. §. 5. *D. ad Municipalem.* Man ſehe über dieſe Stelle *Ed.* Henaysonis *pro Eg.* Barone adversus Govеanum de iurisdictione Lib. I. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 458.)

pupillis tutores dari. Das heißt, der Staat ist bey der Verwaltung der Vormundschaft nicht unmittelbar interessirt, weil sie blos ein Privatvermögen, und die Privatangelegenheiten eines Pupillen oder Curanden zum Gegenstande hat. Daher haftete auch der Vater nicht, mit dessen Bewilligung der Sohn Decurio geworden, wenn letzterer bey Bestellung der Vormünder etwas versehen hatte. Der Vater haftete nur für die Verwendung des Staatsvermögens, welches der Sohn als Decurio zu verwalten hatte, wie Ulpian in der angeführten Stelle sagt. Wegen der Vormundschaft konnte der Vater nur allenfalls de peculio belangt werden [53]). Daran, daß die Tutel im ältern Röm. Recht ein Privatrecht der Agnaten und Patrone, und blos zu ihrem Nutzen bestimmt gewesen, dachte also wohl Ulpian hier nicht [54]). Streng genommen ist demnach die Tutel, so wie die Curatel, nur ein munus privatum, insofern, nach Ulpian [55]), *privati iuris* alles dasjenige genennt wird, quod ad singulorum utilitatem spectat. Callistratus [56]) rechnet daher auch die Tutel zu den privatis muneribus. Allein durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten ist es geschehen, daß man zu Gunsten der Unmündigen, und derjenigen, welche für sich oder ihr Vermögen zu sorgen unfähig sind, die Tutel, so wie die Cura, den muneribus publicis gleichgestellt hat. Wenn daher Pomponius [57]) den

53) *L.* 1. §. *ult. D. de magistrat. conveniend.* (XXVII. 8.)

54) S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 24. S. 136. ff.

55) *L.* 1. §. 2. *D. de Iustit. et iure.*

56) *L.* 17. §. 4. *et* 5. *D. de Excusation.*

57) *L.* 9. *D. de his, qut sui vel alieni iuris sunt.*

Satz aufstellt: Filiusfamilias *in publicis causis* loco patrisfamilias habetur, so führt er als Beyspiele an: si magistratum gerat, aut tutor detur. Der Grund ist, weil dem Staate selbst daran liegt, daß für diejenigen, die sich selbst nicht schützen und vertheidigen können, unter öffentlicher Auctorität gesorgt, und das Vermögen derselben verwaltet und erhalten werde [58]). Divus Severus rechnet diese Fürsorge in seinem Rescript an den Cuspius Rufinus [59]) ausdrücklich zur cura publica, und sagt: omnem se rationem adhibere subveniendis pupillis. Daher kann der dazu tüchtige Bürger zur Uebernehmung der Vormundschaft genöthiget werden, eben so, wie zur Uebernehmung anderer Pflichtämter [60]). Der Vormund steht ferner unter der Controlle des Staats; so wie sich der Staatsbeamte durch pflichtwidrige Verwaltung seines öffentlichen Amts verantwortlich macht; so finden auch Klagen gegen den Vormund Statt, wenn er etwas gegen seine Pflichten gethan oder unterlassen hat, woraus seinem Pflegbefohlnen ein Schaden erwachsen ist [61]). Daher kann auch ein filiusfamilias zum Vormund bestellt werden [62]), weil in causis publicis das

58) S. Muretus, *Franc.* Brodeus, *Jan. a* Costa, *Arn.* Vinnius in Comm. ad pr. I. de Excusat. tut. et curat. auch *Jos. Fernand. de* Retes ad Tit. D. de Interdictis et Relegatis Commentar. Lib. I. Cap. 4. (in *Thes. Otton.* Tom. V. pag. 1203. sqq.) und *Paul* Montanus Cap. 23. nr. 15—18. et Cap. 26. nr. 15 et 16.

59) *L.* 2. §. 2. *D. Qui petant tutor. vel curator.* (XXVI. 6.)

60) *L.* 9. *D. de munerib. et honorib.*

61) S. Tit. Dig. *de tutelae et rationibus* distrahendis, et utili curationis causa actione. (XXVII. 3.)

62) *L.* 7. *D. de tutelis.*

Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht berücksichtiget wird [63]). Und durch die capitis deminutio minima, von der ausdrücklich gesagt wird, daß sie auf die publica iura keinen Einfluß habe [64]), wird die Vormundschaft, welche der capite minutus führt, nicht geendiget [65]). Die Vormundschaft ist ferner, wie jedes öffentliche Amt, an die Individualität des Subjects geknüpft, dem sie übertragen worden ist, und es findet weder Uebergang derselben auf die Erben [66]), noch Uebertragung auf andere Statt, und eben so wenig kann auch der Vormund sein Amt willkürlich aufgeben, wofern ihm nicht gesetzlich anerkannte Excusations-Gründe zur Seite stehen [67]). Es tritt endlich bey der Vormundschaft auch die Regel ein: ius publicum privatorum pactis mutari non potest [68]). Sie ist von Privat-Dispositionen unabhängig [69]), das heißt, es finden keine von den zu Gunsten der Pupillen gemachten Vorschriften des gemeinen Rechts abweichende Verfügungen Statt.

Als munus personale ist die Vormundschaft zwar mit keinem Vermögens-Aufwand von Seiten des Vormundes

63) *L.* 13. §. *ult. L.* 14. *D. ad SCt. Trebell.* S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 132. S. 232.

64) *L.* 5. §. 2. *L.* 6. *D. de cap. minut.*

65) §. 4. *I. Quib. mod. tut. finitur.*

66) *L.* 16. §. 1. *D. de tutelis.*

67) S. Burchardi angef. Grundzüge. §. 24. S. 138.

68) *L.* 38. *D. de pactis. L.* 1. §. 9. *D. de magistratibus conveniend.*

69) *L.* 5. §. 7. *et* 8. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* S. Schweppe Röm. Privatrecht §. 730. a. E.

verknüpft[70]), er kann aber auch für seine Bemühung kein Honorar fordern[71]), wenn ihm nicht von dem Vater des Pflegbefohlnen, oder aus besondern Rücksichten, weil z. B. der Vormund durch die Geschäftsführung viel Zeit und Gelegenheit zu seinem eigenen Gewerbe oder Verdienst einbüßt, oder die Vormundschaft sonst sehr weitläuftig, und mühsam ist, von der Obrigkeit, oder den Mitvormündern ein billiges Salar ausgesetzt worden ist[72]). Nach den ältern deutschen Rechten hatte der Vormund einen Antheil an den Einkünften des Mündels, die tutela war fructuaria[73]). Dieses ist nun zwar jetzt außer Gebrauch gekommen, indessen liegt vielleicht hierin der Grund, warum h. z. T. den Vormündern gewöhnlich ein Salar, auch schon in den Vormundschaftsordnungen, ausgesetzt ist[74]).

70) *L.* 18. §. 1. *D. de muneric. et honor.*

71) *L.* 38. *in fin. D. de negot. gest.* sagt von den Vormündern: cum *gratuitam*, certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent; und *L.* 58. *C. de administr. et peric. tutor. et curator.* — quis lucrum facere ex tutela non debet.

72) *L.* 33. §. *fin. D. de admin. et peric. tut. et cur. L.* 1. §. 6. *D. de tut. et rat. distrah.* S. *Lüd.* Menckens Diss. de salario tutorum et curatorum. *Lipsiae* 1738. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 126.

73) S. *Jo. Pet.* Ludewig Diss. Differentiae iuris Rom. et Germ. in fructuum attributione inprimis tutelae fructuariae cont. *Halae* 1712. Diff. 1. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 47. *Henr. God.* Bauer Diss. de tutela Germanor. fructuaria. *Lipsiae* 1761. und Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 631.

74) S. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 24. S. 72 — 76. Beyspiele geben

§. 1300.

Fähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft. Unfähige, besonders Frauenspersonen. Ausnahmen.

Fähig zur Vormundschaft sind I. nur Mannspersonen. Denn Neratius[75]) nennt die Vormundschaft ausdrücklich ein munus *masculorum*. Frauenspersonen konnten daher von jeher weder Tutoren noch Curatoren seyn[76]). Denn da sie selbst unter einer beständigen Tutel standen, so wäre es ja widersprechend gewesen, sie zur Führung einer Vormundschaft über Andere für fähig zu halten[77]). *Feminae*, sagt daher Neratius, tutores dari non possunt, und Ulpian[78]) giebt die Regel: Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae

das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 264 u. 265. und das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreich. Erbländer. 1. Th. 4. Hauptst. §. 266. S. von Zeiller Commentar 1. B. S. 534.

75) *L.* 18. *D. h. t.*

76) *L.* 1. §. 1. *L.* 3. §. 4. *L.* 10. *D. de legit. tut. L.* 11. *pr. D. de tutor. et curat. dat. L.* 1. *C. Quando mulier tutelae officio fungi potest.* (V. 35.) S. *Huld. ab* Eyben Diss. de tutela foeminea. *Gissae* 1655. (in Eius *Scriptis iuris civ.* etc. Argentor 1708. f. pag 321 — 368.) und besonders was das Geschichtliche dieser Lehre betrifft, Voorda Thes. Controv. Dec. XIX. §. 1 et 2.

77) Justinian sagt §. 13. *J. de Excusat.* wenn er gleich daselbst eigentlich nur von Pupillen und Minderjährigen, als zur Vormundschaft unfähigen Personen, spricht: Incivile erat, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

78) *L.* 2. *D. de Reg. iuris.*

sunt. Nur den Fall nimmt Neratius aus, wenn die Mutter die Tutel über ihre Kinder vom Kaiser als Gnade erbeten hatte: nisi a principe filiorum tutelam *specialiter* postulent. In dieser Beziehung sagte vielleicht Gajus[79]: Tutela *plerumque* virile officium est. Es war dieses nur Ausnahme von der Regel, die noch Kr. Alexander[80] der Otacilia, vermuthlich einer Mutter, vorhält: Tutelam administrare *virile munus* est, et *ultra sexum femineae infirmitatis* tale officium est, als sie um die Tutel ihrer Kinder anhielt. Der Kaiser konnte ihr auch dieses Gesuch mit Recht abschlagen, weil dieses bloß Gnadensache war[81]. Jacob Råvard[82] hat daher wohl offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß die mütterliche Tutel in den ersten Zeiten der Römer gewöhnlich gewesen sey. Denn das von ihm

79) *L.* 16. *D. h. t.* Das *plerumque* wird gewöhnlich einer Interpolation Tribonian's zugeschrieben. S. Wissenbach Emblemata Triboniani, Cap. IV. pag. 72. Jos. Finestres et de Monsalvo in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comm. Tom. I. ad L. 10. D. de legitim. tutorib. §. 6. pag. 547. Walch ad Eckhardi Hermeneut. iur. Lib. I. §. 244. nr. III. et §. 248. Voorda Thes. Controv. Dec. XVII. §. 7. Anderer Meinung sind jedoch *Jo.* Wybo Tribonian. ab emblem. Wissenb. lib. Cap. IV. §. 18. und van Bynkershoek in Praefat. ad Tom. II. Observat. iuris Rom. Sect. *In eo igitur*, in fin. et in not. ad L. 16. in Corp. iur. Geb.

80) *L.* 1. *Cod. Quando mulier tut.* (V. 35.)

81) S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 240. S. 901. Not. 27. a.

82) Comment. ad Tit. Pand. de div. Reg. iur. in L. 73. (*Oper.* Tom. I. pag. 253.)

aus Livius[83]) angeführte Beyſpiel beweiſt gar nichts, weil hier von keiner rechtmäßig übertragenen Tutel die Rede iſt, ſondern von einer Verwaltung, in die ſich die Mutter nach dem Tode der Vormünder ihres unmündigen Sohnes nebſt dem Stiefvater auf eine rechtswidrige Art eingemiſcht hatte, und die ſo ſchlecht geführt worden, daß der Stiefvater keine Rechnung darüber abzulegen vermochte[84]). Es konnte ja nicht einmahl der Vater in ſeinem Teſtamente die Mutter zur Vormünderin ihrer gemeinſchaftlichen Kinder ernennen[85]). Nur allenfalls den

83) *Lib. XXXIX. cap.* 9. *P. Aebutius*, cuius pater publico equo stipendia fecerat, pupillus relictus, mortuis deinde tutoribus, sub tutela *Duroniae* matris et vitrici *T. Sempronii Rutili* educatus fuerat. Et mater dedita viro erat: et vitricus, quia tutelam ita gesserat, ut rationem reddere non posset, aut tolli pupillum, aut obnoxium sibi vinculo aliquo fieri cupiebat.

84) S. *Ulr.* Huber Digression. Justinian. Lib. III. cap. 11. pag. 199 — 201. und Finestres c. 1. §. 5. pag. 547.

85) *L.* 26. *D. de testam. tutela.* Selbſt die obrigkeitliche Beſtätigung konnte eine ſolche ungültige teſtamentariſche Tutel nicht gültig machen. Hatte die Mutter vom Kaiſer die Erlaubniß erhalten, die ihr angetragene Tutel übernehmen zu dürfen, ſo ward ſie zwar Vormünderin, aber nicht ſowohl wegen der teſtamentariſchen Beſtellung, ſondern weil es ihr vom Kaiſer auf ihr Verlangen, als eine beſondere Gnade, war verwilliget worden. Denn genöthiget konnte ſie dazu nicht werden. S. Donellus Commentarior. de iure civ. lib. III. Cap. 3. §. 8. (Vol. II. pag. 22. edit. *Norimb.*) Einen ſolchen Fall hat Ulpian *L.* 2. §. 25. *D. ad SCtum Tertull.* wo die Worte: nec *legitime* tutelam administrat, ſo zu verſtehen ſind, wenn die Mutter die Tutel übernahm, ohne die Erlaubniß dazu vom Princeps aus-

teſtamentariſchen Tutoren konnte er empfehlen, daß ſie die Mutter bey der Verwaltung der Vormundſchaft zu Rathe ziehen möchten[86]). Erſt Kaiſer Theodos der Große, oder vielmehr Valentinian II. verordnete[87]), daß in Ermanglung eines geſetzlichen und teſtamentariſchen Tutors[88]) der Mutter auf ihr Verlangen, wenn ſie großjährig wäre, und vor Gericht erklärte, daß ſie nicht wieder heyrathen wolle, die Vormundſchaft über ihre Kinder überlaſſen werden ſollte[89]). Nach einer Verordnung des Kai-

gewirkt zu haben, wie ſie auch Cujacius Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 26. D. de testam. tut. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 181.) und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 6. Nr. XVI. Not. 9. pag. 107. erklären.

86) *L.* 5. §. 8. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.*

87) *L.* 4. *Cod. Theod. de tutorib. et curator. creand.* (III. 17.) gegeben zu Mailand 390.

88) Wenn es in der angef. Conſtitution §. 3. heißt: His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, cum *tutor legitimus* defuerit; ſo wird hier unter TUTOR LEGITIMUS, wie *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad h. L. (Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 363.) bemerkt, ein ſolcher tutor verſtanden, qui legitime sive a lege vocatus, sive testamento datus est. So verſtand auch Juſtinian das Valentinianiſche Geſetz in der daraus genommenen *L.* 2. *C. Just. Quando mulier tut. off.* wo es heißt: cum tutor vel TESTAMENTARIUS vel *legitimus* defuerit. S. Zimmern a. a. O. §. 240. S. 901. Not. 29.

89) Da hier die Zuläßigkeit einer ſolchen Erbittung als Gnade vorausgeſetzt zu werden ſcheint; ſo hat man wohl nicht nöthig, mit Finestres c. l. §. 6. pag. 547.

sers Theodos II. sollte das Versprechen der Mutter nicht wieder zu heyrathen, eidlich geschehen [90]). Aus dieser Constitution stammen die in der *L.* 2. *Cod. Just.. Quando mulier tutelae officio fungi potest,* interpolirten Worte: SACRAMENTO PRAESTITO, her. Justinian dehnte diese Verordnung auf die Concubine aus. Auch dieser sollte erlaubt seyn, wenn der Vater seinen natürlichen Kindern in dem Vermögen, welches er ihnen hinterlassen, keinen Tutor bestellt hat, die Vormundschaft über die Kinder, wenn sie dieselbe verlangt, nach dem Beyspiel einer legitimen Mutter, zu übernehmen, sofern auch diese vor Gericht aufs Wiederheyrathen, so wie auf den Schutz des Vellejanischen Senatsschlusses, und jede andere gesetzliche Hülfe verzichtet, auch zugleich ihr Vermögen verpfändet [91]). Eben dieses bestätigte nachher Justinian [92]) nochmals in An-

die oben angeführten Worte des Neratius *L.* 18. *D. h. t.* nisi a Principe filiorum suorum tutelam specialiliter postulent, für interpolirt zu halten. S. Zimmern a. a. O.

90) *Nov. Theod. Tit.* 5. gegeben zu Constantinopel 439. nach Ritter Cod. Theod. Tom. VI. P. II. Novellar. Constitution. pag. 17. sqq. Bey Hugo in iure civ. Antejustin. *Nov.* Theod. II. *Tit.* 11. Tom. II. pag. 1243. sq.

91) *L.* 3. *Cod. Quando mulier.*

92) *Nov. XCIV. Cap.* 2. — Propterea sancimus, ut idem plane, quod *in matribus* custodimus, secundum priorem formam obtineat, ipsaeque Vellejano SCto et omni auxilio renuncient, omniaque faciant, quae ante definita sunt: *iusiurandum vero non praestent*, sed sola renunciatio tum reliquis omnibus, tum etiam secundis nuptiis facta sufficiat, *nullo iureiurando hac de re praestando.*

sehung aller Mütter, jedoch so, daß die Entsagung ohne Eid geschehen sollte, um Meineide zu verhüten[93]). Alle diese Verordnungen sprachen jedoch nur allein von der Mutter. Justinian aber verordnete[94]), indem er in der Regel nochmals den Frauenspersonen Vormundschaften zu übernehmen verbot, daß von dieser Regel nicht nur die Mutter, sondern auch die Großmutter, wenn letztere, in Ermanglung der Mutter, unter der vorgeschriebenen Verzichtleistung, die Tutel übernehmen wolle, eine Ausnahme machen sollten; zugleich dabey bestimmend, daß die Mutter und Großmutter zwar nicht den testamentarischen Vormündern, wohl aber allen Seiten-Verwandten bey der Tutel vorgehen sollten. Die hierher gehörigen Worte nach Hombergks Uebersetzung sind:

Sancimus enim, ut unusquisque *eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur*, munus quoque tutelae suscipiat. — Mulieres etiam nos tutelae munus subire prohibemus, *nisi* MATER *aut* AVIA *sit.* His enim SOLIS *secundum ordinem hereditatis tutelam quoque suscipere permittimus*, si apud acta secundis nuptiis et beneficio Senatusconsulti Vellejani[95]) renunciaverint. Haec

93) Ueber die fehlerhafte griechische Lesart bey Schrimger: ὅρκον ἐπὶ ὅρκῳ δεδομένον, der auch Charondas gefolgt ist, statt ὅρκον επιόρκον (periurium s. peieratum) wie Haloander hat, siehe *Conr.* Rittershusii ius Justinian. P. VIII. Cap. 5. nr. 12. pag. 454.

94) *Nov. CXVIII. cap.* 3. und Auth. *Matri et aviae* Cod. *Quando mulier tutor. officio fungi pot.*

95) Nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli intercessio est, sagt Cujacius in Comm. in libr. IV. Responsor. Papin. ad L. 26. D. de testam. tut. (Opp. postum.

enim si observent, *omnibus cognatis ex latere in tutela praeferentur*, TESTAMENTARIIS *solum* TUTORIBUS *eas praecedentibus*. Nam defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.

Nach dem neuern Rechte bedarf also die Mutter keiner Dispensation mehr, wenn sie die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen will, wozu sie jedoch nicht genöthiget werden kann. Es hat daher auch keinen Zweifel, daß sie vom Vater im Testament zur Vormünderin ihrer gemeinschaftlichen Kinder bestellt werden kann. Der Vater kann sie aber auch ausschließen, wenn er einen andern Vormund für seine Kinder ernennt. Denn die testamentarischen Vormünder sollen der Mutter und Großmutter vorgehen. Ob aber der Vater auch ohne Ernennung eines andern Vormundes, durch ein bloßes Verbot, die Mutter von der Tutel der Kinder ausschließen könne, ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [96]) finden kein Bedenken dieses zu behaupten.

Tom. I. pag. 181.) Richtiger giebt Justinian. *Nov.* 118. *Cap.* 5. *in fin.* den Grund selbst an, nämlich: periculo tutelae omnibus imminente, qui ad tutelam vocantur, eorumque bonis tacite pupillo pro hac administratione oppigneratis. Man sehe hier noch *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. h. t. §. 12. p. 433.

96) Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. A. Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. § 56. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Libr. XXVI. Tit. 4. Qu. 5. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 1. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 12. Verb. *Quum tutela.* pag.

Ihre Gründe sind, weil die Gesetze [97]) dem Richter ausdrücklich verbieten, einen solchen zum Vormund zu bestellen, dessen Ernennung die Eltern verboten haben. Dann sage auch Justinian [98]) ganz bestimmt: *defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.* Andere [99]) hingegen wollen dem Vater dieses Recht nur dann einräumen, wenn er eine gegründete und wichtige Ursache gehabt habe, aus welcher er die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen hat, weil sie ein ius ex lege quaesitum habe, welches ihr nicht ohne Grund, und nur durch Bestellung eines testamentarischen Vormundes entzogen werden könne. Noch Andere [100]) wollen jetzt dem Vater nicht einmal mehr das Recht gestatten, durch Ernennung eines testamentarischen Vormundes die Mutter auszuschliessen, weil nach deutschen Rechten die Mutter schon bey Lebzeiten des Vaters an der elterlichen Gewalt Theil nehme. Alle diese Meinungen glauben hingegen Andere [1]) dadurch

431. sq. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 8. *Jo. Ern. Just.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II Obs. 594. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 501.

97) *L.* 21. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.*

98) *Nov. CXVIII. Cap.* 5.

99) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 2. Eyben Diss. de tut. foemin. P. II. Membr. V. §. 7. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. Libr. XXVI. Tit. 4. §. 5.

100) *Jo. Pet.* Ludewig Different. iur. Rom. et Germ. in maternis tutelis. Diff. XI. not. gg et hh.

1) E. L. A. Eisenhart: Inwiefern kann nach gemeinen deutschen Rechten der Mutter durch den letzten Willen

vereinigen zu können, wenn man einen Unterschied mache zwischen der Erziehung der Kinder, und der Verwaltung ihres Vermögens. Jene könne der Mutter auf keine Weise entzogen werden, weil ihr solche nach deutscher Sitte und Verfassung schon bey Lebzeiten ihres Mannes, als Mutter, gebühre, und zwischen ihr und dem Vater getheilt sey. Letztere aber darum, weil dem Vater die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder, als ein Recht der väterlichen Gewalt, ausschließlich zustehe. Er müsse also auch, als Vater berechtiget seyn, über diesen Theil des vormundschaftlichen Amts in seinem Testamente dissponiren zu können, weil kein Grund vorhanden sey, den Gebrauch des Röm. Rechts hierin zu bezweifeln. Nur der Fall sey auszunehmen, wenn die Ehegatten in einer allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt hätten, weil dann nach den besondern Rechten derselben der überlebende Ehegatte in dem gesammten Vermögen bleibe, und dasselbe administrire [2]). Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen halten endlich Einige [3]) für das Beste, der Beurtheilung des Richters zu überlassen, ob er nicht wenigstens den testamentarischen Tutor, als Mitvormund, der Mutter an die Seite setzen wolle.

ihres Ehemannes die Vormundschaft über ihre Kinder entzogen werden? (im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeb. von Hagemann und Günther. 2. Th. Nr. X.) und Wilh. Aug. Friedr. Danz Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. 7. Band. §. 624. S. 144.

2) *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de iuribus et obligationibus coniugis superstitis ex communione bonor. universali. §. 17. (in *Elect.* iuris civ. Tom. III. pag. 28.)

3) Heinr. Ferd. Christ. von Lynker Abh. von der Vormundschaftsbestellung 1. Th. §. 17.

Ich glaube, keine dieser Meinungen entspricht dem Geist des Gesetzes vollkommen, nach welchem das bloße Verbot des Vaters, ohne besondere Ernennung eines testamentarischen Vormundes, zur Ausschließung der Mutter nicht zu genügen scheint. Denn das Verbot könnte nur so viel bewirken, daß entweder ein gesetzlicher, oder ein Dativvormund eintrete. Das Gesetz sagt aber, wenn kein testamentarischer Vormund da ist, soll die Mutter allen andern Vormündern vorgehen. Sie kann also weder von einem gesetzlichen noch Dativ-Vormunde ausgeschlossen werden [4]). Denn die Mutter und Großmutter sollen allen Seitenverwandten vorgezogen werden. Sie schließen also auch die Geschwister des Kindes aus, wenn gleich nach der Novelle 118. die leiblichen Geschwister des Kindes mit der Mutter und Großmutter ein gleiches Intestaterbrecht haben. Denn das Gesetz spricht ganz allgemein. Da jedoch hier auf den Grad der Verwandtschaft, und auf die Ordnung der Intestaterbfolge Rücksicht genommen werden soll, so versteht sich's, daß die Mutter den Vorzug vor der Großmutter habe.

Ob sie aber auch den Vorzug vor dem Großvater habe, ist bestritten. Mehrere Rechtsgelehrten [5]) machen ihr

4) Mit mir stimmen überein *Barth. Leonh.* Suendendoerpfer ad *Amad.* Eckolti Compend. Pand. Tractat. Lib. XXV. Tit. 4. §. 4. Montanus Tr. de iure tutelar. Cap. XV. nr. 45. *Pet.* Müller ad Struvii Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 26. Not. d. pag. 532. Man sehe auch Donellus Commentar. de iure civ. lib. III. Cap. 3. §. 8. (Vol. II. pag. 21. edit. *Norimb.*)

5) *Ge. Ad.* Struv Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 26. *Christ. Phil.* Richter Exposit. Authenticar. ad Auth. *Matri et aviae.* nr. 16. pag. 29. *Amad.*

dieſen Vorzug ſtreitig, weil ihr blos der Vorzug vor den Seitenverwandten eingeräumt werde. Der männlichen Aſcendenten aber geſchehe keine Erwähnung. Die Worte: *secundum hereditatis ordinem* ſtünden auch nicht entgegen. Denn dieſe bezögen ſich blos auf den Fall der Concurrenz der Mutter mit der Großmutter, nicht auf das Verhältniß der Mutter zu andern Aſcendenten. Noch andere [6]) unterſcheiden zwiſchen dem väterlichen und mütterlichen Großvater. Nur vor dem letztern, nicht aber vor dem erſtern habe die Mutter den Vorzug. Allein beyde Meinungen haben das Geſetz gegen ſich. Denn das Geſetz ſagt ausdrücklich, es ſoll bey Uebernehmung der legitimen Vormundſchaft auf Nähe des Grades und Erbfolgeordnung geſehen werden. Die Mutter geht alſo bey der Tutel dem Großvater nicht nur dem Grade nach vor, ſondern ſie ſchließt ihn auch nach den Regeln der Erb-

Eckolt Compend. Pand. Tractat. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 4. *Jo. Henr.* de Berger Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 3. (Tom. I. pag. 173. edit. Haubold.) *Car. Christ.* Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 637. *Christ. Aug.* Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 502. Not. c. u. a. m.

6) *Reinh.* Bachov Echt Not. et Animadv. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. D. pag. 420. sqq. *Jo. Pet.* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in maternis tutelis. *Halae* 1712. Differ. IV. (*in Opusc. miscell.* T. II.) und *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVI. Tit. 4. Qu. 4. Dieſer Meinung entſpricht das allgem. bürgerliche Geſetzbuch für die öſterreichiſchen Erbländer 1. Th. 4. Hauptſt. §. 198. nach welchem der väterliche Großvater den Vorzug vor der Mutter haben ſoll. S. von Zeiller Commentar. 1. B. S. 422.

folgeordnung aus, und es ist offenbar eine dem Gesetz durchaus nicht entsprechende Subtilität, wenn man die Worte: *secundum ordinem hereditatis* blos auf den Fall beschränken will, da Mutter und Großmutter mit einander concurriren. Mit Recht werden daher jene Meinungen jetzt durchgehends verworfen [7]).

Concurrirt die Mutter mit dem Vater, oder die Großmutter mit dem Großvater; so sind auch hier die Meinungen getheilt. Einige [8]) glauben, sie haben beyde ein glei-

7) S. *Alex. Arn.* Pagenstecher Irnerius iniuria vapul. Coit. XXIII. pag. 196. sq. *Huld. ab* Eyben Diss. de tutela foeminea. P. II. Membr. 3. pag. 337 — 339. *Jo. God.* Kraus Diss. de eo, quod iustum est circa tutelam maternam. *Vitemb.* 1724. §. XXXV. Schilter Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVII. §. 59. Montanus Cap. XV. nr. 24. besonders *Casp. Henr.* Horn Diss. de praerogativa matris et aviae in suscipienda tutela prae ascendentibus et collateralib. *Vitemb.* 1711. *Jo. Ortw.* Westenberg Dig. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 18. und Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 660. in fin. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind sui iuris sey, wenn die Mutter nach dem Tode des Vaters die Vormundschaft über dasselbe übernehmen will. Denn wäre es in der väterlichen Gewalt des väterlichen Großvaters, weil der Vater selbst noch nicht sui iuris war, so würde von einer Tutel gar nicht die Frage seyn können. S. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. VI. Err. 7. Auch nach dem allgem. Preuß. Landrechte 2. Th. 18. Tit. §. 186. geht die Mutter, in Ermanglung eines vom Vater ernannten Vormundes, wenn sie zur Uebernehmung der Vormundschaft fähig, und dazu willig ist, allen übrigen Verwandten vor.

8) Kraus Diss. cit. de eo, quod iustum est circa tut. mat. §. 36. Pagenstecher Irnerius. Coit. XXIII. §. 3.

ches Recht zur Tutel. Andere [9]) geben dem Vater den Vorzug vor der Mutter, und dem Großvater den Vorzug vor der Großmutter. Noch andere [10]) unterscheiden, ob die Ascendenten von derselben Linie, oder von verschiedenen Linien sind. Im ersten Fall gehe der Vater der Mutter, der Großvater der Großmutter vor. In dem letztern aber hätten Großvater und Großmutter ein gleiches Recht. Endlich sagen Andere [11]), Großvater und Großmutter concurrirten zwar bey der Tutel ihrer Enkel zusammen, aber bey der Tutel eines emancipirten unmündigen Kindes schließe der Vater die Mutter aus. Ich denke so, wenn die Gesetze der Mutter und Großmutter die Uebernehmung der Vormundschaft Ausnahmsweise wegen der besondern Liebe zu ihren Kindern und Enkeln (propter pium et naturalem erga liberos amorem [12])) gestatten; so setzen sie voraus, daß sie die Vormundschaft nach dem Tode ihres Mannes über die Kinder übernehmen wollen. Denn daß sie blos von der Wittwe sprechen, erscheint daraus ganz klar, weil sowohl die Mutter als Großmutter bey Uebernehmung der Vormundschaft der weitern Verheyrathung entsagen muß [13]). Wie

9) Montanus de iure tut. et curat. Cap. XV. nr. 47. Bachov. ad *Treutler.* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. III. Litt. D. Verb. *Et cum omnibus legitimis.* *Jac. Frid.* Ludovici Us. pract. Distinction. iuridic. Lib. XXVI. Tit. 4. Diat. 1.

10) Stryk Us. mod. Pandectar. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 32.

11) Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 505. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. 4. Buch. §. 137.

12) *Nov. XCIV. Cap.* 1.

13) Die *L.* 2. *C. Quando mulier tut. offic. fungi potest* redet ausdrücklich von Müttern, quae *amissis viris* tutelam ad-

kann also, wenn der Vater noch lebt, von einer Tutel der Mutter, oder wenn der Großvater noch am Leben ist, von einer Tutel der Großmutter die Rede seyn? Daran dachte Justinian nicht, und konnte auch daran nicht denken [14]). Daher ist auch von männlichen Ascendenten gar keine Rede. Zwar sagt Justinian in der angeführten Nov. 118. Kap. 5. Ut unusquisque *eo gradu et ordine*, quo ad hereditatem vel solus vel cum aliis vocatur, *munus quoque tutelae suscipiat;* man könnte also denken, Vater und Mutter, Großvater und Großmutter hätten ein gleiches Recht zur Tutel, so wie sie ein gleiches Intestaterbrecht haben. Allein Justinian will nur, daß bey der Tutel der Mutter und Großmutter die Erbfolgeordnung (ordo hereditatis) gelten solle. Die Mutter geht also der Großmutter und auch dem Großvater bey der Tutel, eben so wie bey der Erbfolge, vor, und die väterliche und mütterliche Großmutter concurriren bey der Tutel zusammen, so wie sie auf gleiche Weise ab intestato erben [15]). Aber so weit wollte Justinian diese Vormundschaft, die ohnehin nur eine ausser-

ministrandorum negotiorum in liberos postulant; und die *Nov. CXVIII.* cap. 5. hat die Tutel nur noch auf die Großmutter ausgedehnt.

14) Eyben Diss. cit. P. II. Membr. 3. §. 4. pag. 337. sagt: Si ascendentes sint eiusdem gradus, E. C. avia materna et avus maternus, avus paternus eiusque uxor, non potest quaeri de tutela muliebri, quae viduis tantum patet.

15) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 9. Eyben c. l. §. 4. Pagenstecher Irnerius. Coit. XXIII. §. 4. pag. 197. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 637. in fin.

ordentliche ist, nicht ausdehnen, daß auch die Mutter mit dem Vater, und die Großmutter mit dem Großvater die Vormundschaft verlangen könne. Nicht ohne Grund setzt daher Justinian hinzu: Haec autem dicimus, si MASCULI et *perfectae aetatis* sint, et nulla lege tutelam suscipere prohibeantur. MULIERES *enim etiam nos tutelae munus subire prohibemus*, nisi MATER et AVIA sit. Die Ausschließung der Frauenspersonen von der Vormundschaft bleibt also immer noch die Regel, und die Ausnahme kann nicht weiter ausgedehnt werden, als das Gesetz will. Hierzu kommt, daß nach den Gesetzen der Institutionen[16]), der Pandecten[17]), und des Codex[18]), der Vater, wenn er ein unmündiges Kind emancipirte, desselben legitimus tutor wurde, und mit dieser legitima tutela allen andern vorging. Dieses ausschließliche Vormundschaftsrecht des emancipirenden Vaters ist durch die Novelle 118. Kap. 5. nicht aufgehoben worden[19]). Eben deswegen weil die Ausnahme keine Ausdehnung zuläßt, kann auch die mütterliche Vormundschaft nicht über die Großmutter hinaus, und noch weniger auf andere weibliche Verwandte, wenn sie auch sonst der Mutter Stelle vertreten, wie z. B. Vaters-Schwester oder Mutter-Schwester, erstreckt werden. Die Meinung derjenigen[20]), welche auch der Urgroßmutter ein Recht

16) *Tit. de legitima parentum tutela.* (I. 18.)

17) *L.* 3. §. *ult. D. de legitim. tutor.*

18) *L.* 9. *C. de dolo.* (II. 21.)

19) S. Thibaut civilist. Abhandlungen. Nr. XII. S. 296 ff.

20) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 32., LUDEWIG Different. iur. Rom. et Germ. in maternis tutelis. Diff. V.

zur Tutel ihrer Urenkel einräumen wollen, so wie derjenigen [21]), welche dem Richter das Recht gestatten wollen, die Schwester des Vaters oder der Mutter den unmündigen Kindern zur Vormünderin zu bestellen, ist daher den Gesetzen offenbar entgegen. Denn Justinian sagt ausdrücklich: HIS *enim* SOLIS, nämlich matri et aviae, *secundum ordinem hereditatis tutelam suscipere permittimus* [22]), und schon in den ältern Gesetzen [23]) werden amita und matertera ausdrücklich ausgeschlossen. Da dieses durch keine neueren Gesetze aufgehoben ist; so darf auch der Richter hiervon nicht abgehen [24]). Noch weniger aber kann die Stiefmutter auf diese Vormundschaft Anspruch machen [25]), da bey dieser der Grund der natürlichen Zuneigung wegfällt. Daher kann auch die Wittwe des Adoptivvaters sich über den unmündigen Adoptivsohn

21) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXI. med. 4.

22) LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 10. KRAUS Diss. de eo, quod iustum est circa tutel. matern. §. 16. EYBEN Diss. de tutela foeminea. P. II. Membr. 3. §. 1. GUDELINUS de iure noviss. Lib. I. cap. 17.

23) *L.* 10. *D. de legitim. tutor.*

24) S. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iur. univers. Tom. II. Obs. 11. §. 10 sqq. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 12. pag. 431. MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. III. Fasc. II. Obs. 596. Sie werden nicht einmal im Testament des Vaters zugelassen. S. KRAUS Diss. cit. §. 13.

25) EYBEN Dissert. cit. P. II. Membran. IV. §. 18. KRAUS cit. Diss. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 10.

keine Vormundschaft anmaſſen [26]), nam, si filium adoptaverim, ſagt Paulus [27]), uxor mea matris loco non est. Dahingegen wird der leiblichen Mutter die Tutel über ihre Kinder ohne Unterſchied eingeräumt, ſie ſeyen eheliche oder uneheliche [28]). Denn die Praxis dehnt das, was nach dem Röm. Rechte blos von Concubinen-Kindern galt, auch auf die spurios aus [29]). Ueberall wird jedoch vorausgeſetzt, daß die Mutter großjährig, und überhaupt zur Uebernehmung der Vormundſchaft fähig ſey [30]).

26) Kraus Diss. cit. §. 12. Eyben Diss. cit. P. II. Membr. IV. §. 18.

27) *L.* 23. *D. de adopt.*

28) Denn uneheliche Kinder, ſelbſt vulgo quaesiti, werden, in Anſehung der Mutter, welche immer gewiß iſt, wie eheliche Kinder betrachtet. S. Montanus Cap. XV. nr. 25—31. pag. 135. Müller ad *Struvium.* P. II. Lib. XXVI. Th. 26. Not. 9. Nr. III. Kraus Diss. cit. §. 14. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. §. 505.

29) Eyben Diss. cit. P. II. Membr. IV. §. 13 et 14.

30) *L.* 2. *C. Quando mulier. tut. off. fungi potest. Nov. CXVIII. cap.* 5. Eyben Diss. cit. P. II. Membr. IV. §. 1—5. pag. 339. Kraus Diss. cit. §. 18. Mehrere glauben zwar, daß hiervon das deutſche Recht abweiche, nach welchem in einem ſolchen Falle der Mutter nur ein Mitvormund beygeordnet werde. S. Ludewig Diss. de maternis tutelis. Diff. VII. von Lyncker Abh. von der Vormundſchaftsbeſtellung. 1. Th. §. 18. S. 49. f. Danz Handb. des heut. deutſch. Privatrechts. 7. B. §. 624. S. 146. Nr. 3. Allein Kraus cit. Diss. §. 19. hat die Gründe dieſer Meinung näher geprüft und widerlegt. Man ſehe auch Struk Us. mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 33. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. eod.

II. Vormünder müssen das gehörige Alter haben, d. h. dasjenige Alter, in welchem sie für fähig gehalten werden, ihren eigenen Geschäften vorzustehen, und ihr Vermögen mit Hypothek belastet werden kann [31]). Dieses besteht in der Großjährigkeit. Vor Justinian gab Minderjährigkeit zwar nur einen Entschuldigungsgrund; allein Justinian erklärte den *minor XXV. annis* überhaupt für unfähig. Ein Minderjähriger braucht sich also gar nicht mehr zu entschuldigen, denn er darf gar nicht zugelassen werden. Justinian sagt in seinen Institutionen §. 13. *de Excusat. tutor. vel curatorum:* MINORES VIGINTI QUINQUE ANNIS olim quidem *excusabantur*: a nostra autem Constitutione *prohibentur ad tutelam vel curam adspirare:* adeo ut nec excusatione opus sit [32]). Qua Constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: *cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.* Die Constitution, worauf hier Justinian verweist, ist *L. ult. Cod. de legitima tutela* (V. 30.) vom J. 529. wo es heißt:

Nemo neque frater, neque alius legitimus in tutelam sive ingenui, sive liberti vocetur, antequam quintum et vicesimum suae aetatis annum impleat.

31) *L. ult. Cod. de legit. tutela.* (V. 30.)

32) Cujacius liest zwar: *ut nec excusationis opus fiat*, und Bienер: adeo *ut ne excusatio opus sit.* Allein Haloander, Russard, Baudoza, Charondas, Bucher, und alle übrige Ausgaben, besonders die glossirten, haben die von mir angenommene Lesart.

Immineat enim cuique pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alius praegravetur. Sic etenim et pupillis et adultis competens gubernatio inducetur, et naturalis ordo per omnia conservabitur. *Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem, et sub tutela constitui: et iterum eundem esse curatorem, et sub cura agere?* Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est. *Discretis itaque omnibus, vel dativi, vel legitimi fiant tutores vel curatores hi, qui talis aetatis sunt, cui suarum rerum administratio committitur, quorumque res possunt plenissimo iure hypothecarum teneri.*

Iſt jedoch ein Minderjähriger zum teſtamentariſchen Vormund ernannt, ſo war man von jeher darin einverſtanden, daß eine ſolche Vormundſchaftsbeſtellung gültig ſey. Der Tutor erhält aber die Vormundſchaft nicht eher, als nachdem er das geſetzliche Alter der Großjährigkeit erfüllet hat [33]). Bis dahin wird ein anderer Vormund an ſeine Stelle geſetzt [34]). Juſtinian ſagt §. 2. *J. Qui*

33) *L.* 32. §. 2. *D. de testam. tut. L.* 10. §. 7. *D. de Excusat.* Wenn es in der letztern Stelle heißt: *donec quidem* IMPUBES *fuerit*, ſo beruht dieſes auf einer falſchen Ueberſetzung des griechiſchen Textes. Modeſtin ſagt: ἕως μὲν ἀφήλιξ ἦ. Das Wort ἀφήλιξ bezeichnet aber keinen impubes, ſondern einen adultus oder minor, wie auch *Ev.* Otto in Comm. ad h. §. Institut. bemerkt hat. Man ſehe noch *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 461. und *van* Alphen cit. Specim. exhib. selecta quaedam iuris public. et privati. Cap. 2. pag. 48.

34) *L. cit.* 10. §. 7. *D. de excusat.* wo der Ausdruck κηδεμὼν gebraucht iſt. S. Marcilius ad §. 2. I. cit. in *Jani a* Costa Comm. ad Inst. pag. 91.

dari tutores testam. poss. MINOR VIGINTI QUINQUE ANNIS tutor testamento datus, tutor erit, *cum — maior viginti quinque annis factus fuerit.*

III. Vormünder können ferner nur diejenigen werden, welche mit keinem solchen körperlichen oder Gemüths-Fehler behaftet sind, der sie zur Führung einer Vormundschaft unfähig macht. Ausgeschlossen von Vormundschaften sind also

1) Wahnsinnige und Verstandlose. Ist jedoch eine solche Person zum Vormund bestellt worden, und es ist Hoffnung der Wiedergenesung vorhanden; so wird ein Interims-Curator angeordnet [35]). Denn man nimmt in diesem Falle an, die Bestellung eines solchen Vormundes sey unter der Bedingung geschehen, wenn er wieder zu Verstande kommen wird [36]).

35) *L.* 10. §. 8. *L.* 12. *D. de Excusation.*

36) *L.* 11. *D. de tutel.* PAULUS *lib. III. ad Vitelliam.* Furiosus si tutor datus fuerit, potest intelligi ita dari, *cum suae mentis esse coeperit.* Die ältern Rechtsgelehrten waren zwar darüber verschiedener Meinung, ob die Bestellung eines solchen Vormundes gültig sey. Proculus läugnete es. Allein Pomponius, Paulus und Ulpian hielten zu Gunsten der Pupillen, und um des gemeinen Bestens willen, die Bestellung der Tutel für gültig, weil hier als stillschweigende Bedingung anzunehmen sey, wenn der zum Vormund Bestellte wieder zu Verstande gekommen seyn wird. *L.* 10. §. 3. *D. de testam. tut.* Diese Meinung hat auch Justinian §. 2. *I. Qui testam. tutores dari possunt.* bestätiget. Er sagt daselbst: Furiosus — tutor testamento datus, tutor erit, *cum compos mentis — factus fuerit.* Man sehe DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. III. Cap. III. §. 3.

2) Erklärte Verschwender. Denn diese werden den Wahnsinnigen in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens gleich geachtet, und stehen daher eben so, wie Wahnsinnige selbst unter der Curatel [37]). Es gilt also hier, was Justinian [38]) von den Minderjährigen sagt: *Cui ferendum est, eundem esse tutorem, vel curatorem, et sub cura agere?*

3) Blinde, Taube und Stumme. Denn solche Personen können ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen, und bedürfen fremder Hülfe [39]). Noch einen besondern Grund führt Paulus [40]) an. Ein Vormund, der nicht hören, oder reden kann, kann keine Auctorität interponiren. Er ist also auch unfähig Vormund zu werden. Ein Tauber oder Stummer, sagt Hermogenian [41]), kann weder gesetzlicher Vormund seyn, noch im Testament, noch auf eine andere Art gültig zum Vormund bestellt werden. Daß auch ein Blinder eben so wenig Tutor, als Curator seyn könne, lehren zwey Constitutionen des Kaisers Philippus.

L. un. C. Qui morbo se excusant. (V. 67.) Luminibus captus, aut surdus aut mutus, aut furio-

37) *L.* 12. §. 2. *D. de tutorib. et curator. datis.*

38) *L.* 5. *C. de legitima tut.* (V. 30.)

39) §. 4. *I. de Curatorib. L.* 8. *D. de tutor. et curat. dat.*

40) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de Tutelis.* Mutus tutor dari non potest, *quoniam auctoritatem praebere non potest.* Surdum non posse dari tutorem, plerique et Pomponius libro sexagesimo nono ad Edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet.

41) *L.* 10. §. 1. *D. de legitim. tutor.* S. *Jos.* Finestres Hermogenian. ad h. L. pag. 548. sqq.

sus, aut perpetua valetudine tentus, tutelae seu curae excusationem [42]) habet.

L. 3. C. Qui dare tutores vel curator. poss. (V. 34.) Luminibus captum curatorem haberi debere falso tibi persuasum est.

Wie kann ein Blinder seinen Pflegbefohlnen genugsam gegen Betrug schützen [43])? Aeußern sich solche körperliche Gebrechen auch erst während der Vormundschafts-Verwaltung, so machen sie derselben ein Ende [44]). Ist jedoch ein Vormund erst während der Vormundschaft blind geworden, er ist aber von den Geschäften seines Mündels hinlänglich unterrichtet, so kann er, wie Paulus [45]) sagt, doch noch gültig Auctorität interponiren, wenn er sich nicht entschuldigen will. Ein Einäugiger ist jedoch zur Vormundschaft nicht unfähig, und kann sich auch nicht entschuldigen [46]).

4) Personen, die wegen Kränklichkeit und körperlicher Schwäche, weshalb sie nicht einmal ihre eignen Geschäfte besorgen können, zur Vormundschaftsführung untüchtig sind [47]). Eine

42) Das Wort *excusatio* wird hier im uneigentlichen Sinne genommen. Ein Mehreres Lib. XXVII. Tit. 1.

43) S. Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 5. §. 3. (Vol. II. pag. 19. edit. *Norimb.*)

44) *L. 40. pr. D. de Excusat.*

45) *L. 16. D. de auctor. et cons. tator. et curat.* S. Struk Tr. de iure Sensuum, Diss. I. Cap. II. nr. 13—18.

46) *L. 9. C. de Excusat. tut.*

47) §. 7. *I. de Excusat. L. 10. §. 8. D. eodem. L. 45. §. 4. D. eodem. L. un. Cod. Qui morbo se excusant.* (V. 67.)

solche Kränklichkeit berechtiget auch zur Niederlegung der schon übernommenen Tutel [48]). Wegen einer vorübergehenden Krankheit wird ein Interims-Curator bestellt [49]).

§. 1301.

Ausgeschlossen sind Nichtbürger und Verdächtige.

Da die Tutel nach Modestin [50]) ein munus civile, und die potestas tutoris eine potestas *iure civili* data ist, wie Servius in seinem Begriff von der Tutel sagt; so werden ferner von Vormundschaften

IV. Nichtbürger ausgeschlossen. Daher machte die Deportation der Tutel ein Ende. Denn die deportati wurden wie peregrini betrachtet [52]). Nicht einmal ein Latinus Junianus konnte nach dem ältern Rechte Vormund seyn [53]). Noch viel weniger konnten Sklaven zu Vormündern ernannt werden *). War jedoch ein Sklave im Testament zum Vormund bestellt worden, so kam es darauf an, ob der Herr seinen eignen Sklaven zum Tutor ernannt hatte, oder ob es ein fremder Sklave war. Im ersten Falle war die Vormundschaftsbestellung gültig, wenn auch der Sklave, ohne ihn ausdrücklich für frey erklärt zu haben (sine libertate), zum Vormund war bestellt worden. Denn das Justinianeische Recht erkannte darin eine stillschweigende testamentarische Manumission, d. h. der

48) *L.* 11. *D. eodem. L.* 40. *pr. D. eodem.*

49) *L.* 10. §. 8. *D. de Excusat.*

50) *L.* 5. §. 15. *D. de Excusat.*

51) §. 4. *I. Quib. mod. tut. fin.*

52) *L.* 17. *D. de poenis.* In insulam deportati ea, *quae iuris civilis sunt*, non habent.

53) Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 16.

*) *L.* 7. *C. Qui dare tutor. vel curat.* (V. 34.)

Sklave erhielt die Freyheit unmittelbar aus dem Testament, (tacite libertatem directam accepisse videbatur), und ward dadurch fähig Vormund zu seyn [54]).

54) §. 1. *I. Qui testam. tutores dari poss. L.* 5. *pr. Cod. de necessar. servis heredibus instituend.* (VI. 27.) Nach dem älteren Rechte ward in dem Falle, da der Testator seinen eignen Sklaven, ohne ausdrückliche Freylassung, zum Tutor seiner Kinder ernannt hatte, nur ein Fideicommiß der Freyheit angenommen, wie aus *L.* 9. *Cod. de fideicomm. libertatt.* (VII. 4.), einer Verordn. der Kaiser Valerian und Gallienus, erhellet. Allein die große Schwierigkeit, welche dadurch besonders in dem Falle veranlaßt wurde, wenn der Herr sein unmündiges Kind, über welches der Sklave die Tutel führen sollte, allein zum Erben eingesetzt hatte, veranlaßte den Kaiser Justinian, die fideicommissarische Manumission bey der Ernennung eines eigenen Sklaven zum Vormund aufzuheben. Vorher mußte man das SCtum Dasumianum zu Hülfe nehmen, und den Pupillen wie einen Abwesenden betrachten, damit dem Sklaven vermöge desselben die Freyheit gegeben werden, und derselbe auf solche Art die Vormundschaft erhalten konnte. Paulus *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 13. §. 3. Marcian. *L.* 36. *pr. D. de fideicomm. libertatt.* Die *L.* 32. §. 2. *D. de testam. tut.* erregt zwar einen nicht geringen Zweifel, wo es heißt: *liberum quidem ab adita hereditate esse*, tutela autem post legitimam aetatem onerari. Denn die ersteren Worte gehen offenbar auf directe Freyheit. Es scheint also auch schon nach älterem Rechte zu Paulus Zeiten die Ernennung zum Tutor bey einem eigenen Sklaven die Wirkung testamentarischer Manumission gehabt zu haben. Allein daß diese Stelle auf mehr, als eine Art, interpolirt sey, hat Göschen in den Bemerkungen in Beziehung auf das ältere Recht der Freylassungen bey den Römern §. VIII.

In dem letztern Falle hingegen war die Ernennung eines Vormundes ungültig. Denn so wenig der Erbe schuldig war den fremden Sklaven zu kaufen, und ihn zu manumittiren, eben so wenig war auch sein Herr schuldig, ihn zu verkaufen. Sie konnte also nur unter der Bedingung gelten, wenn er frey werden wird. Nach Ulpians Meinung [55]) sollte zwar dieses als stillschweigende Bedingung anzunehmen seyn. Allein nach Justinians [56]) Entscheidung galt die Ernennung eines fremden Sklaven zum Vormund nur unter der ausdrücklichen Bedingung erhaltener Freyheit. Unter einer solchen Bedingung konnte freylich der eigne Sklave des Testirers nicht zum Vormund ernannt werden [57]), weil ja die Freylassung in seiner

(S. Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschen 3. B. S. 287.) augenscheinlich dargethan.

55) *L.* 10. §. 4. *D. de testam. tut.*

56) §. 1. *I. Qui testam. tutor. dari poss.* Dieser Entscheidung ist zwar die *L.* 9. *C. de fideicomm. libertatib.* entgegen, in welcher gesagt wird, daß auch bey einem fremden Sklaven die Ernennung desselben zum Vormund eine fideicommissarische Freyheit in sich schließe. Allein so viel Mühe man sich auch gegeben hat, dieses Gesetz mit der Theorie des Justinianeischen Rechts zu vereinigen, so wenig ist es gelungen. Man sehe *Ev.* Otto, *Jan a* Costa, und Walch ad Hoppii Commentar. in Institut. ad §. 1. Qui testam. tutor. dari poss. Not. a. pag. 151. Es scheint vielmehr dieser Widerspruch der Aufmerksamkeit der Compilatoren entgangen zu seyn, weil sie ihn sonst gewiß durch Interpolation beseitiget hätten. S. Heineccius ad *Vinnii* Comm. in Institution. ad §. 1. I. cit. und Göschen a. a. O. S. 288.

57) §. 1. *I. cit. in fin. L.* 21. *D. de condit. institution.*

Macht ſtand [58]). Filiifamilias können allerdings Vormünder ſeyn [59]). Denn im Verhältniß zum Staate iſt der filiusfamilias eine ſelbſtſtändige Perſon, und iſt aller bürgerlichen Rechte fähig. Er kann alſo auch, wenn er das geſetzliche Alter hat, Vormund werden [60]). Ausgeſchloſſen von Vormundſchaften ſind

V. diejenigen, welche in ſolchen Aemtern und Pflichtverhältniſſen ſtehen, mit welchen ſich die Führung einer Vormundſchaft nicht wohl verträgt, wenn nicht das Amt darunter leiden ſoll. Daher können

a) Soldaten, welche wirklich im Dienſt ſtehen, nicht Vormünder werden. Sie werden nicht einmal als legitimi, oder testamentarii tutores zugelaſſen, wenn ſie auch die Tutel freywillig übernehmen wollten [61]).

b) Biſchöfe und Mönche [62]).

VI. Werden diejenigen als Vormünder nicht zugelaſſen, bey denen der Verdacht eintritt, daß ſie

58) *L.* 22. *D. de condit. institut.* Theophilus Paraphr. gr. ad §. 1. I. cit.

59) *Pr. I. Qui dari tutores testam. poss. L.* 7. *D. de tutelis.*

60) *L.* 9. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L.* 14. *pr. D. ad SCtum Trebell.* Gellius *Noct. Attic.* Lib. II. cap. 2. S. *Ev.* Otto ad pr. I. cit. und Donellus Lib. III. c. 3. §. 13.

61) §. 14. *I. de Excusat. L.* 4. *C. Qui dare tutores vel curator. poss.* (V. 34.) *L.* 8. *C. de legat.* (VI. 37.) Der allgemeine Grund wird *L.* 31. *C. de locato et cond.* (IV. 65.) angegeben.

62) *Nov. CXXIII. Cap.* 5.

die Vormundschaft nicht gewissenhaft führen möchten. Dahin gehören

1) ungewisse Personen. Nicht nur die ältern römischen Rechtsgelehrten, Gajus [63]) und Paulus [64]), lehren: Tutorem certum dari debere, incertum dari non posse, sondern eben dieses hat auch noch Justinian in einer neuern, aber verlohren gegangenen Verordnung bestätigt, in welcher er übrigens die Strenge des ältern Rechts, nach welcher ungewisse Personen weder zu Erben eingesetzt, noch denselben ein Legat hinterlassen werden konnte, aufgehoben hat [65]). Wir kennen sie blos aus seinen Institutionen. Hier sagt er §. 27. *de legatis.* Tutor autem nec per nostram constitutionem in-

63) *Institut. Commentar. II.* §. 240.

64) *L.* 20. *pr. D. de testam. tutela.*

65) Contius, Charondas, und alle neuere Editoren des Just. Codex haben diese Constitution, aus den Basiliken restituirt, in ihre Ausgaben aufgenommen, wo sie sich *Lib. VI. Tit.* 48. befindet. Daß sie im Codex gestanden, und auch in den Codex repetitae praelectionis übergegangen sey, ist keinem Zweifel unterworfen, weil Photius, Patriarch zu Constantinopel, und sein Scholiast, Theodor Balsamon, von denen jener im neunten, dieser im zwölften Jahrhundert lebte, diese Constitution anführen, welche doch wohl gewiß keinen andern Codex, als den neuern Justinianeischen, kannten. S. *Christ.* Rau Historia iuris civilis Rom. de personis incertis ex testamento heredibus. *Lipsiae* 1784. Vergl. auch *Jo. God.* Schaumburg Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. repetitae praelect. omissae sunt. *Lemgoviі* 1735. 4. Manipul. III. Obs. 7.

CERTUS dari potest: *quia certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.* Welche aber unter den ungewiſſen Perſonen zu verſtehen ſind, haben die Römiſchen Rechtsgelehrten mehr nur durch Beyſpiele, als durch einen beſtimmten Begriff erklärt [66]). Gajus allein giebt einen Begriff davon in ſeinen wieder aufgefundenen Inſtitutionen [67]) bey der Gelegenheit, da er ſagt, daß einer ungewiſſen Perſon kein Legat hinterlaſſen werden könne. Da heißt es: INCERTA autem videtur PERSONA, *quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit*, veluti si ita legatum sit: *Qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X. millia dato.* — In eadem causa est, quod ita relinquitur: *Quicunque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei heres meus X. millia dato.* Illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur: *qui post testamentum Consules designati erunt*, nam aeque incertis personis legari videtur, et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Dieſe Stelle hat Juſtinian mit wenigen Veränderungen in ſeine Inſtitutionen [68]) aufgenommen. Nach dieſem Begriffe und den angeführten Beyſpielen wäre alſo eine *persona incerta* eine ſolche Perſon, von welcher der Teſtirer zur Zeit des errichteten Teſtaments noch keine beſtimmte Kenntniß, keine

66) S. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII.* §. 4. (in *Ant.* SCHULTINGS *Jurispr. Antejust.* pag. 634.) und *Tit. XXIV.* §. 18. (SCHULTING pag. 656.) Man ſehe über dieſe Stellen *Jo.* CANNEGIETER ad ULPIANI Fragmenta (*Lugd. Batav.* 1774. 4.) pag. 92. et pag. 119.

67) *Commentar. II.* §. 238.

68) §. 25. *I. de legatis.*

deutliche Vorstellung hatte, so daß, wie Theophilus [69]) die *incerta opinio* erklärt, wenn man den Testirer darüber befragt hätte, er nichts Deutliches hätte sagen können, (περὶ οὗ ἐρωτώμενος οὐδὲν σαφὲς εἰπεῖν δύναται.) Wendet man diesen Begriff auf den *tutor incertus* an, so wird also darunter ein solcher zu verstehen seyn, von welchem dem Testator zu der Zeit, da er ihn ernannte, entweder gar nichts, oder nichts Gewisses bekannt war [70]). Dieß ist nun besonders der Fall, wenn der Testirer sich solcher Worte bedient hat, die den Vormund blos nach einem gewissen Erfolg bezeichnen, welcher nach Errichtung des Testaments, oder nach seinem Tode sich ereignen soll, und dem Testirer selbst noch unbekannt ist. Z. B. wenn er sagt: Für meinen unmündigen Sohn soll derjenige Vormund seyn, welcher nach meinem Tode zuerst zu meiner Leiche kommen wird, oder der zur Zeit meines Todes Consul seyn wird [71]). Kurz ein ungewisser Vormund ist ein solcher, von welchem der Testirer zu der Zeit, da er ihn ernannte, selbst nicht wußte, wer es seyn werde. Es erhellet hieraus, daß blos von Bestellung eines testamentarischen Vormundes die Rede seyn könne, wenn über die Gewißheit des Vormundes ein Zweifel entsteht. Eine solche Vormundschaftsbestellung ist auch nach dem Justi-

69) *Paraphras. gr. ad* §. 25. *I. de legat.* edit. *Reitz.* pag. 462.

70) S. *Christ. Gottl.* Haubold Exercitat. iuris civ. de tutore incerto. *Lipsiae* 1790. (in Ejus *Opuscul. academ.* a *Car. Frid. Christian.* Wenck editis et auct. Vol. I. *Lipsiae* 1825. pag. 349—376.)

71) Gajus *Comm. II.* §. 238. Justinian. §. 25. *I. de legat.* Theophilus *Paraphr. ad* §. 25. *et* 27. *in fin. Instit. eodem.*

nianeiſchen Rechte ungültig, wie die oben angeführte Stelle aus Juſtinians Inſtitutionen beweiſt, wo zugleich der Grund angeführt wird, weil man mit Ueberlegung und gewiſſem Entſchluſſe über die Tutel ſeiner Kinder verfügen müſſe. Denn die Geſetze der zwölf Tafeln hatten dem Vater darum erlaubt, die Vormundſchaft ſeiner Kinder in ſeinem Teſtamente anzuordnen, weil ſie das Vertrauen zu ihm hatten, er werde einen ſolchen Vormund ernennen, deſſen Treue und Fleiß er hinlänglich geprüft haben wird. Darum leiſtete auch der teſtamentariſche Vormund keine Caution [72]). Wie konnte man aber ein ſolches Vertrauen zu dem Vater haben, wenn er eine ungewiſſe Perſon zum Vormund ſeiner Kinder geſetzt hatte? Es konnte ja, wenn es der Zufall ſo fügte, gerade ein ſolcher ſeyn, der zur Vormundſchaft gar nicht tauglich war. Schon Seneca [73]) ſagt daher: *Demendissime testabitur, qui tutorem filio reliquerit pupillorum spoliatorem.* Ohne Zweifel iſt alſo der Satz, daß der Tutor keine ungewiſſe Perſon ſeyn, ſondern mit Namen genennt werden müſſe, aus den zwölf Tafeln durch die Interpretation der Rechtsgelehrten abgeleitet worden. In dieſer Hinſicht ſagt Ulpian [74]): Testamento NOMINATIM tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Tabularum his verbis: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.* Ich übergehe den Grund des ältern Rechts, nach welchem eine ungewiſſe Perſon nicht zum Erben eingeſetzt werden konnte, zu teſtamentariſchen

72) *Pr. I. de satisdat. tutor.* et THEOPHILUS Paraphr. gr. ad h. l.

73) *De Beneficiis Lib. IV. cap. 27.*

74) *Fragm. Tit. XI. §. 14.*

Vormündern aber nur diejenigen ernannt werden konnten, cum quibus testamenti factio est [75]). Dieser Grund des ältern Rechts fiel nun zwar weg, nachdem vermöge des neuern Rechts auch ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden konnten, allein in Rücksicht des Vormundes blieb die Strenge des ältern Rechts unabgeändert [76]). Hierzu kommt nun noch die Gefahr, welcher die Pupillen ausgesetzt seyn würden, wenn auch in Ansehung der Tutel das ältere Recht wäre abgeändert worden. Denn wie leicht konnte der Pupill einen unersetzlichen Verlust an seinem Vermögen erleiden, während man die Gewißheit des Vormundes auszumitteln suchte, und der Pupill ungeschützt blieb [77]). Für einen solchen Pupillen könnte auch nicht

75) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 16. und Paulus *L.* 21. *D. de testam. tut.* Diese Verwandtschaft zwischen Testamentsfähigkeit und Tutel scheint ihren Grund darin zu haben, weil die Testirer diejenigen, welche sie ihren unmündigen Kindern zu Vormündern bestellten, häufig den Kindern zu substituiren pflegten, um die Treue des Vormundes durch ein desto engeres Band an das Beste des Pupillen zu knüpfen. Beyspiele findet man bey Cicero *ad Familiar. Lib. XIII. Epist.* 61. Suetonius *in Galba* cap. 9. und *L.* 36. *D. de Excusat.* S. Haubold. Exercit. cit. §. 4. pag. 364.

76) Es ist sehr glaublich, daß Justinian in derselben Constitution, worin er das ältere Recht in Absicht auf die Ernennung einer ungewissen Person zum Erben aufgehoben, ausdrücklich des tutoris incerti gedacht, und in Ansehung desselben namentlich verordnet habe, daß das alte Recht, welches die Bestellung eines solchen Vormundes nicht zuläßt, unabgeändert bleiben solle. S. Haubold cit. Diss. §. 7. (*Opusc.* Vol. I. pag. 374.)

77) Haubold cit. Diss. §. 4. (*Opusc.* Vol. I. pag. 361 sqq.)

einmal durch Caution hinlänglich geſorgt werden, wenn eine ſolche Vormundſchaftsbeſtellung gültig ſeyn ſollte. Denn ein ſolcher Tutor würde doch immer ein teſtamentariſcher ſeyn, welcher von der Cautionsleiſtung geſetzlich befreyt iſt.

Zuweilen kann jedoch auch ein ſolcher tutor incertus ſeyn, der zwar genannt iſt, von dem aber nicht ausgemittelt werden kann, wen der Teſtator gemeint hat. Z. B. wenn es mehrere deſſelben Namens giebt, und der Teſtirer hat nicht genau beſtimmt, wer der Vormund ſeyn ſoll. Von dieſem Falle handelt Paulus *libro sexto Quaestionum*, woraus die *L.* 30. *D. de testamentur. tut.* genommen iſt.

Duo sunt Titii, pater et filius: datus est tutor Titius: nec apparet, de quo sensit testator. Quaero, quid sit iuris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sensit. *Si id non apparet, non ius deficit, sed probatio: igitur neuter est tutor.*

Der Sinn dieſer Stelle iſt. Wenn gleichwohl gewiß iſt, daß es der Wille des Verſtorbenen geweſen, einen von beyden zum Vormund zu beſtellen, und der Teſtirer auch wohl gewußt hat, wen er gemeint habe; ſo kann doch, weil nur Einer von beyden Vormund werden ſoll, und nicht gewiß iſt, wen eigentlich der Teſtirer gemeint hat, ſein Wille nicht vollzogen werden, damit nicht einer von Beyden gegen den Willen des Vaters zugelaſſen, oder ausgeſchloſſen werde. In Abſicht auf die Rechtsgültigkeit iſt zwar freylich gegen die Vormundſchaftsbeſtellung ſelbſt nichts einzuwenden, wie in jenem Falle, da der Vater einen ganz ungewiſſen Vormund beſtellt hat, den er gar nicht genannt und gekannt hat. Allein es fehlt

hier am Beweiſe, weil man nicht mit Gewißheit beſtimmen und ausmitteln kann, wer diejenige Perſon ſey, welche der Teſtirer zum Vormund ernannt und gemeint hat. Alſo wird keiner Vormund [78]). Könnte jedoch deutlich nachgewieſen werden, wen der Vater im Sinne gehabt; ſo iſt zwar die Tutel gültig, es kann aber auch hier nicht eigentlich geſagt werden, daß der tutor incertus ſey. Denn wirklich hat hier der Vater für die Tutel ſeiner Kinder mit Ueberlegung und Einſicht geſorgt. Eine bloße Muthmaſſung iſt jedoch nicht hinreichend, ſondern es werden, wie Modeſtin [79]) ſagt, *apertissimae probationes, ex quibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit*, erfordert. Dahin gehört z. B. wenn der Teſtator von mehreren, die gleichen Namens ſind, entweder vor, oder nach der Errichtung des Teſtaments denjenigen genau bezeichnet, und erklärt hat, wenn er von dieſen die Tutel über ſeine Kinder aufgetragen habe; oder mit dem Einen einen ſo freundſchaftlichen Umgang gehabt hat, daß man gar nicht anders glauben kann, er werde keinen Andern,

78) Eben ſo haben dieſe Geſetzſtelle auch *Ant.* Faber in Jurisprud. Papin. Tit. XII. Pr. I. Illat. XLIII. p. 728. *Greg.* Majansius in Diss. de incertis legatis. §. 24. (in Ejusd. *Disputatt. iuris civ.* Tom. II. Disp. LXIX. pag. 361. sqq.) *Jo.* Cannegieter Observation. miscellanear. lib. singular. Cap. I. in fin. adject. Ulpiani *fragmentis ab* Bon. *editis*, *Lugd. Batav.* 1774. 4.) pag. 377. und Haubold cit. Diss. §. 2. (*Opusc. I.* pag. 353) verſtanden.

79) *L.* 62. §. 1. *D. de heredib. instit.* Es iſt zwar hier eigentlich von der Erbeneinſetzung die Rede, allein der Grund iſt der nämliche. *Ant.* Faber c. l. will dieſe Worte für einen Tribonianismus halten; jedoch ohne hinlänglichen Grund.

als dieſen, zum Vormund ſeiner Kinder haben ernennen wollen [80]).

Nach einer neuern Verordnung des Kaiſers Juſtinian [81]) ſoll in dem Falle, da der Vater mehrere Vormünder im Teſtament disjunctiv beſtellt hat, z. B. Titius oder Sempronius ſoll Vormund meiner Kinder werden, welcher Fall ebenfalls unter den ältern Römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig geweſen zu ſeyn ſcheint [82]), keiner von beyden ausgeſchloſſen werden, ſondern beyde ſollen die Vormundſchaft führen, ſo daß alſo die Conjunction *aut* für *et* genommen werden ſoll, und zwar nicht nur bey Beſtellung von Vormundſchaften, ſondern auch bey der Erbeinſetzung und Vermächtniſſen. Dieſe Entſcheidung widerſpricht auch der Meinung des Erblaſſers nicht, denn er hat ja Beyde für tüchtige Vormünder erklärt, keiner erhält alſo die Vormundſchaft wider deſſelben Willen [83]).

Hat der Teſtirer den Vormund genennt, geſetzt auch, daß er ihn nicht von Perſon gekannt hat, ſo iſt dieſes kein tutor incertus, ſondern nur ignotus [84]). Einen ſolchen tutor kann der Teſtirer mit aller Vorſicht beſtellt haben. Denn er kann ihn aus zuverläſſiger Empfehlung für einen zur Vormundſchaftsführung tüchtigen Mann gehalten haben, wenn er ihn auch nicht von Perſon gekannt hat. Daher kann ſich auch ein ſolcher Vormund nicht da-

80) Haubold Diss. cit. §. 6. pag. 369.

81) *L. 4. Cod. de Verb. Signif.*

82) S. *Em.* Merillii Expositiones in L. Decision. Justinian. Nr. XXXIX. (*Operr.* P. II. pag. 109 sqq.)

83) Haubold cit. Diss. §. 6. pag. 370.

84) Haubold pag. 371.

mit entschuldigen, daß ihn der Vater des Pupillen nicht gekannt habe, wie Modestin [85]) lehrt, und die Divi Fratres, Marcus Antoninus Philosophus, und Aelius Verus rescribirt haben. Justinian [86]) sagt: Non esse autem admittendam excusationem eius, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi Fratres rescripserunt. Es ist daher unrichtig, wenn Hellfeld die ignoti und incerti in eine Classe setzt.

2) Diejenigen, welche sich zur Vormundschaft drängen, ja sogar, um zur Vormundschaft zu gelangen, Geld geben wollten, oder gegeben haben. Solche sind nicht nur nicht zur Vormundschaft zu lassen, sondern sie können noch überdem bestraft werden, wie Modestin in einer griechischen Pandecten-Stelle [87]) lehrt.

3) Verbrecher, oder die schon bekanntlich vorhin einmal eine Tutel schlecht verwaltet haben,

85) *L.* 15. §. 14. *D. de Excusation.*

86) §. 10. *I. de excusat. tut. vel curator.* S. *Jul.* Pacius Analys. Institution. ad h. §. Nr. XI. und Vinnius Comm. in Instit. ad h. §. 10.

87) *L.* 21. §. 6. *D. de tutor. et curat. datis.* (XXVI. 5.) Man verbinde damit *L.* 9. *D. de tutelis.* §. 10. *in fin. I. de suspectis tutor. vel curator. L.* 3. §. 15. *D. eodem.* (XXVI. 10.) und *L.* 1. §. 7. *D. de officio Praef. urbi.* Vergl. auch Montanus Tr. de iure tutelarum et curation. Cap. XXVI. nr. 53. et Cap. XXXVI. nr. 14 — 17. und Heineccius ad Vinnii Commentar. in Institut. Justin. ad §. 10. J. de suspect. tutor.

und denen also mit Sicherheit keine Tutel mehr anvertrauet werden kann [88]).

4) Diejenigen, welche gegen den Mündel, oder desselben Eltern offenbare Feindschaft hegen, ohne sich mit denselben wieder ausgesöhnt zu haben. Ulpian sagt *L.* 3. §. 12. *D. de suspect. tutor.* Si tutor *inimicus pupillo parentibusque eius* sit, et generaliter, si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, *reiicere eum debebit.* Paulus in *Sententiis Receptis.* Lib. II. Tit. 26. §. 1. sagt das Nämliche, und fügt den Grund hinzu: *ne paterno inimico pupilli committantur.* Vergleicht man damit den §. 11. *J. de excusation. tutor. vel curator.* wo es heißt: Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, *a tutela vel cura* SOLENT EXCUSARE; so sollte man glauben, die Feindschaft, ja selbst Todfeindschaft, sey ein bloßer Entschuldigungsgrund, dessen Geltendmachung der Willkühr des Vormundes überlassen bleibe. Man wird sich noch mehr in dieser Meinung bestärkt fühlen, wenn man liest, wie Theophilus diese Stelle paraphrasirt hat. Ἐχθρα συμβᾶσά μοι πρὸς τὸν πατέρα τῶν ἀνήβων ἢ τῶν ἀφηλίκων, εἰ μὲν εἴη κεφαλικὴ, φιλίας ἐν τῷ μεταξὺ μὴ παρεντεθείσης, ἀπολύει με τῆς ἐπιτροπῆς· d. h. nach der

88) *L.* 3. §. 8. *D. de suspect. tutor. et curator.* Semel enim malus probatus semper in posterum malus futurus praesumitur in eodem mali genere. *Cap.* 8. *de Reg. iuris in VIto. L.* 7. §. 3. *D. de accusat. Nov. LXXVII. Praef. in fin.* G. VOET Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 10. §. 1.

lateiniſchen Ueberſetzung des Reitz[89]: *Inimicitia interveniens mihi cum patre impuberum vel adolescentium, si quidem capitalis sit, non interposita interim amicitia,* LIBERAT ME A TUTELA. Der Ausdruck ἀπολύει ſcheint ja nicht undeutlich auf eine freywillige Excuſation hinzudeuten, beſonders wenn man damit noch die letzten Worte verbindet: εἰ δὲ οὐκ ἔστι κεφαλική, οὐ δίδωσιν ἐξκουσατιόνα: *Si autem non sit capitalis, excusationem non praestat.* Hierzu kommt endlich noch eine Stelle in den Pandecten, die *L.* 6. §. 17. *D. de Excusat.* wo Modeſtin ſagt: *Dat* REMISSIONEM *tutelae et capitalis inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum.* Kein Wunder, wenn angeſehene Rechtsgelehrten, ein Franz Balduin [90], Everh. Otto[91], Arnold Vinnius[92], Joh. Gottl. Heineccius[93] Johann van Muyden[94] und andere, dieſen Grund als eine bloße Entſchuldigungsurſache angegeben haben. Allein man ſcheint hier überſehen zu haben, daß der Ausdruck *excusare* in der Inſtitutionen-Stelle für prohibere oder removere genommen worden iſt, welche Ausdrücke nicht nur in ebendemſelben Titel der Inſtitutionen[95] ſondern auch in mehreren Stellen der Pan-

89) Theophili Paraph. gr. Institut. Tom. I. pag. 195.

90) Commentar. in Institut. ad §. 11. de Excusat. (*Paris.* 1554. f.) pag. 144.

91) Not. crit. et Commentar. ad Institut. ad §. 11. eund.

92) Comm. ad eund. §. 11.

93) Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 359.

94) Compendiosa Institution. Justiniani tractat. (*Traj. ad Rhen.* 1737. 8.) Lib. I. Tit. 25. pag. 66.

95) S. §. 19. *J. de Excusat.* verglichen mit *L.* 1. §. 5. *D. eodem. L.* 14. *D. de curator. furios. L.* 2. *C. Qui dare tutor. L.* 4. *C. de Excusat. tut. et curat.*

decten [96]) in ſolchen Fällen, wo man etwas nicht thun darf, für einander gebraucht werden, wie auch Franz Bröus [97]) bemerkt hat. Soviel die andere Stelle aus den Pandecten anbetrifft, ſo ſind die oben angeführten Worte gar nicht Worte des Modeſtinus. Denn dieſer hat ſeine *libri Excusationum* griechiſch geſchrieben. Es ſind die lateiniſchen Worte des Ueberſetzers, der nicht überall den Text richtig übertragen hat [98]). Im griechiſchen Text heißt es: Δίδωσιν ἄφεσιν ἐπιτροπῆς καὶ ἀσφαλικὴ ἔχθρα etc. Das griechiſche Wort ἄφεσις aber heißt nicht blos eine Erlaſſung oder Befreyung, ſondern auch eine Entlaſſung, Verwerfung, Verſtoßung, von ἀφίημι [99]). Selbſt ein vom Vater beſtellter Vormund kann daher wegen einer nachher entſtandenen Feindſchaft vom Richter verworfen werden, weil hier eine Willensänderung auf Seiten des Vaters anzunehmen iſt [100]). Es müßte ihn denn der Vater ſelbſt aus Feindſchaft und Chikane im Teſtament zum Vormund ſeiner Kinder ernannt

96) *L.* 1. §. 3. *D. de postul. L.* 11. *D. de Decurionibus.* S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iur. Rom. Lib. IV. cap. 11.

97) Exposition. in Imp. Justin. Institut. ad §. 11. J. de Excusat. nr. 2. pag. 164.

98) Man vergleiche hier beſonders *Ge. Steph.* Wiesand Commentat. ad L. VI. §. XVII. D. de Excusationibus. *Vitembergae* 1793.

99) S. Schneiders griechisch-deutsches Wörterbuch. I. B. vocc. ἄφεσις und ἀφίημι. pag. 242.

100) *L.* 4. *in fin. D. de testam. tut. L.* 8. *D. de confirm. tutor.*

haben, um ihm eine schwere Last aufzubürden.“ Dieß giebt ihm dann eine Ursach sich zu entschuldigen [1]).

Da jedoch sowohl Justinian, als Modestin ausdrücklich von inimicitiae capitales sprechen, und diese zur Bedingung machen, ja Theophilus ausdrücklich sagt, daß eine inimicitia, *si non sit capitalis*, keine Excusation gewähre; so entsteht die Frage, was unter jener Benennung für eine Feindschaft zu verstehen sey [2])? Der Ausdruck *inimicitiae capitales* bezeichnet zwar im eigentlichen Sinn, in welchem derselbe in unsern Gesetzen genommen wird, eine solche Feindschaft, welche aus einer capitalis accusatio entstanden ist [3]). Denn *Capitale* wird im eigentlichen Sinn des Römischen Rechts dasjenige genennt, was das Leben, die bürgerliche Ehre, die Freyheit und das Bürgerrecht eines Menschen angreifft [4]). Allein hier wird diese Benennung in einem noch weiterem Sinne genommen, in sofern unter *capitale* bald dasjenige verstanden wird, was sehr schädlich ist [5]), z. B. morbus

1) §. 9. *J. de Excusat. L.* 6. §. 17. *D. eodem.* S. Püttmanni Adversarior. iuris univ. lib. I. pag. 17—20.

2) *J. L. E.* Püttmann hat diese Frage in einer eigenen Abhandlung *de inimicitiis capitalibus, earumque in iure effectibus* ausführlich erörtert, welche in den angef. Adversar. iur. univ. lib. I. Cap. I. befindlich ist.

3) *L.* 31. §. 2. *D. de adim. legat.* iuncta L. 3. §. 11. *D. eodem.* S. *Ant.* Augustinus libr. sing. ad Herenn. Modestinum de Excusationib. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 1582.) Cujacius Comment. ad L. 6. D. de Excusat. (*Oper.* Tom. II. pag. 195.)

4) *L.* 2. *D. de publ. iud. L.* 13. *D. de bon. poss. L.* 10. *D. de iure patron. L.* 103. *D. de Verb. Sign.*

5) Cicero *de Offic. Lib. I. cap.* 13.

capitalis, error capitalis, bald dasjenige, was in seiner Art einen hohen Grad erreicht hat, z. B. capitale ingenium [6]), ira capitalis [7]). In dieser weiteren Bedeutung werden also unter *inimicitiae capitales*, inimicitiae admodum atroces et graves, immo gravissimae verstanden, ex quacunque causa illae ortae sint [8]). Wir sagen eine Todfeindschaft, d. h. eine solche Feindschaft, wobey man den Andern mit dem größten Haß verfolgt, und ihm seinen Untergang zuzubereiten sucht [9]). Die Meinung des Jacob Ravard [10]), daß nur eine solche Feindschaft für capital gehalten worden sey, welche auf eine feyerliche Art, mit Aufsagung der Freundschaft, vor Zeugen dem Gehaßten sey angekündiget worden, welcher mehrere Beyfall gegeben haben [11]), hat zwar einige Beyspiele bey den Alten [12]) für sich; allein sie

6) Ovidius *Fastor.* Lib. III. v. 839.

7) Horatius *Satyr. I.* 7. v. 12.

8) S. *Ant.* Schulting ad Pauli *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 27. §. 1. Not. 3. in Jurispr. vet. Antejust. p. 323. *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Comm. in Hermogenian. ad L. 23. D. Mandati. §. 7. pag. 447. und Püttmann Adversar. lib. I. pag. 12.

9) S. Wiesand cit. Commentat. §. 4.

10) Varior. Lib. V. cap. 15.

11) S. *Ev.* Otto Not. et Comment. ad Institut. ad §. 11. de Excusat. *Conr.* Rittershusius Commentar. in Instit. ad eund. §. 11. pag. 129. und *Henr. Jo.* Zoesius Comm. ad eund. §. pag. 127.

12) S. *Just.* Lipsius ad Taciti *Annal.* Lib. II. cap. 70. Excurs. L. Tom. II. pag. 602. ex recens. *Ernesti.* und *Ant.* Matthaei Commentar. ad Institut. §. 11. de Excusat. pag. 509.

beweisen nicht, daß es eine allgemeine Sitte gewesen, sie konnten also auch keinen Begriff bilden [13]). Nicht selten verbarg man die Feindschaft. Sehr richtig sagt daher Cicero [14]). *Etenim tacitae magis et occultae inimicitiae timendae sunt, quam indictae et apertae.* Der Unterschied, den Einige [15]) bey einem testamentarischen Vormunde machen wollen, ob nämlich die Feindschaft schon vor dem Testamente obgewaltet habe, oder erst nachher entstanden sey, ist ungegründet. Denn die vermeintliche Vermuthung, daß die Ernennung zum Vormunde eine Verzeihung und Aussöhnung zu erkennen gebe, wird durch den §. 9. *J. de Excusat.* entkräftet. Mit Recht hat daher diesen Unterschied Franz Bröus [16]) verworfen.

5) Die mit den Pupillen oder Minderjährigen in Rechtsverhältnissen stehen, und Gläubiger oder Schuldner derselben sind, sollen nach dem justinianeischen Rechte [17]) zur Vormundschaft über dieselben

13) S. Püttmann c. l. pag. 9. sq.

14) *In Verrem. Lib. V.* cap. 71. ex rec. *Graevii.*

15) S. *Paul.* Montanus Tract. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXV. nr. 168. pag. 463. *Conr.* Rittershusius Comm. in Institut. c. l. pag. 129. *Jul.* Pacius Analys. Institution. Lib. I. Tit. 25. Nr. XII. pag. 131. u. a.

16) Exposition. in Justin. Institut. ad §. *Item si propter,* de Excusation. tutor. et curator. nr. 1. pag. 164.

17) *Nov. LXXII.* Cap. 1—4. S. Cujacius in Exposit. Novellar. ad h. Nov. *Jo. Jac.* Ettmüller Diss. de tutore creditore vel debitore minoris. *Altorfii* 1687. und *Car. Frid.* Walch Diss. de tutore pupilli sui, ante susceptam tutelam debitore. *Jenae* 1777. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 245. Not. 6. S. 261.

nicht zugelassen werden. Vor Justinian hinderte ein solches Rechtsverhältniß an Uebernehmung der Vormundschaft nicht. Es gewährte nicht einmal einen Entschuldigungsgrund. So rescribirte der Kaiser Alexander [18]):

Neque a tutela, neque a cura ideo quis excusatur, quod creditor sive debitor eius est, cui tutor sive curator datus est.

Es wurde ihm blos ein Mitvormund an die Seite gesetzt, um den Pflegbefohlnen auf diesen Fall, wenn es etwa die Umstände erforderten, zu vertreten und beyzustehen. Daher fügt Alexander noch hinzu:

Sed participem in munere habere debet, ut si res exegerit, is, qui alieno auxilio eget, defendatur.

Nicht einmal ein Proceß mit dem Pupillen befreyete von der Tutel über denselben, wenn dieser nicht etwa das ganze Vermögen betraf, oder den größten Theil desselben. Z. B. der Proceß betraf eine Erbschaft. Der Vormund behauptete, der Pupill sey enterbt, und er zum Erben eingesetzt [19]). Ausserdem veranlaßte ein solcher Rechtsstreit nur die Beyordnung eines Beystandes für diese Sache.

Daher durfte auch der Gläubiger, wenn er sich zum Vormund bestellen ließ, keinen Verlust seiner Forderung befürchten. Er konnte sich sogar selbst Zahlung leisten. Daß dieses nicht dem geringsten Zweifel unterworfen ge-

18) *L. 7. Cod. de Excusation. tutor. et curator.* (V. 62.)

19) §. 4. *J. de Excusat.* (I. 25.) *L. 20. L. 21. pr. D. eodem.*

weſen, erhellet aus folgenden Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian [20]).

Creditorem debitoribus tutorem datum, non tantùm petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere, non ambigitur.

Sogar ſagt Marcian *libro sing. ad formulam hypothecariam* [21]): es ſey nicht gegen das Geſetz, wenn der Vormund den Gläubiger des Vaters ſeines Pupillen abzahlt, und in ſeine Stelle tritt.

Allein Juſtinian fand dieſes bedenklich. Wie kann man auch den Vormund hier trauen, der in einem ſolchen Rechtsverhältniß mit dem Pupillen ſteht? Was wird ſich dieſer nicht erlauben um ſeines Intereſſe willen? Hatte nun gleich Juſtinian dasjenige Anfangs ſelbſt ſtillſchweigend genehmiget, was dreyhundert Jahre vorher jene Kaiſer reſcribirt hatten, dadurch, daß er die Verordnungen derſelben in ſeinen Codex aufnehmen ließ; ſo hat er doch nicht lange nachher ſeine Geſinnungen geändert, und, jene Geſetze des ältern Rechts aufhebend, verordnet, daß der Schuldner des Pupillen eben ſo wenig, wie der Gläubiger deſſelben zur Vormundſchaft über einen ſolchen Unmündigen oder Minderjährigen gelaſſen werden ſolle. Es iſt die wichtige Novelle *LXXII.* vom J. 538. Hier ſagt Juſtinian Cap. 1. nach Hombergk's Ueberſetzung:

Haec omnia lege corrigere volumus, et insuper illud, si quis minorem, vel res eius sibi obligatas habeat, ut hic nullo modo ad tutelam eius

20) *L.* 8. *Cod. Qui dare tutores vel curatores possunt.* (V. 34.)

21) *L.* 12. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* (XXVII. 9.)

accedat, etsi a legibus vocetur. Quid enim ille in suam utilitatem non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum adversarii factus est? Quare etiam illud sancimus, si apertissime constet, tutorem minori obligatum esse, ut neque is tutor sit: ne forte aut instrumentum surripiat, aut alias probationes, quas minor habet, subducat, eique tutela in rerum suarum perniciem cedat. Hoc igitur certa lege comprehendatur, *ut nemo, qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatas se habere dicit: aut aperte illi obligatus est, ad tutelam eius accedat, nec licentiam tale quid faciendi habeat.*

In diesem Gesetz spricht zwar Justinian immer nur von Minderjährigen und Curatoren. Denn in dem griechischen Text werden die Ausdrücke κηδεμονες, und νεοι gebraucht, daß aber κηδεμονες, curatores, und νεοι minores heißen, lehren uns die griechischen Rechtsgelehrten [22]) selbst. Auch die aus der Novelle gezogene *Authentica.* Minoris debitor. *Cod. Qui dare tutores.* gedenkt, ganz der Novelle gemäß, blos des minor und curator. Von Pupillen und Tutoren ist keine Rede. Eben so hat Constantinus Harmenopulus [23]), welcher den Inhalt der Novelle fast wörtlich nach

22) S. Theophilus *Paraphr. gr.* Lib. I. Tit. 25. §. 4. wo er τον πουπίλλον und τὸν νέον unterscheidet. Constantin. Harmenopulus *Promptuar. iur.* Lib. I. Tit. 12. §. 13. (in *Supplement. Thes. Meerm.* pag. 75.) wo der Ausdruck κηδεμόνες für curatores gebraucht ist. Auch Modestin unterscheidet *L.* 10. §. 7. *D. de Excusat.* genau zwischen ἐπίτροπος und κηδεμόνες.

23) *Promptuar. iur.* Lib. V. Tit. 11. §. 35. (in *Supplem. Thes. Meerman.* pag. 328.)

dem griechiſchen Text anführt, ebenfalls die Ausdrücke τὸν νέον, κηδεμὼν, und κηδεμονία beybehalten. Ja ſelbſt Juſtinian, wenn er in der Präfation einer jüngern Novelle [24]) jenes Geſetz nochmals beſtätiget, ſagt ausdrücklich:

Legem nuper *de cura minorum* (ἐπὶ τῇ τῶν νέων κηδεμονία) scripsimus (cum multas fraudes adversus eos committi ex frequentibus causis apud nos agitatis invenissemus) *ne quis eorum curam gerat*, (κηδεμονέυη) *qui minoribus* (τοῖς νέοις) *obligatus est, vel se eos obligatos habere dicit:* ne forte rebus in potestatem acceptis, scelus aliquod in minorem committat. Atque haec ipsa lex rata, et hac praesente confirmata esto.

Sollte alſo etwa das Geſetz nicht mit auf Pupillen und Tutoren gehen? Dieß könnte beynahe aus den angeführten Gründen zweifelhaft ſcheinen. Allein wenn auch nicht ſchon nach den Regeln einer vernünftigen Interpretation die verneinende Meinung verworfen werden müßte; ſo ſetzt es vollends die Präfation der Novelle auſſer Zweifel, daß das Geſetz eben ſowohl auf Tutoren als Curatoren gehe. Denn dieſe ſagt es deutlich genug, daß unter *minores* ſowohl puberes als impuberes zu verſtehen ſind. Es heißt daſelbſt nach der Hombergkiſchen Ueberſetzung:

Multas igitur lites audivimus, *ubi egregiis tutoribus contra minores, sive* IMPUBERES, *sive* PUBERES *quidem, in secunda tamen aetate constitutos* [25]),

24) *Nov. XCIV.*

25) Im Text heißt es: ἔνθα οἱ θαυμαστοὶ κηδεμόνες ἐλχωροῦντα κατὰ τῶν νέων, εἴτε ἀνήβων, εἴτε

cessiones fiunt, hique statim domini efficiuntur substantiae illorum, et forsan debita non existentia subeunt, vel exiguo pretio cessa accipiunt, quae plane idonea non sunt, vel etiam apochas debitorum, quae inter res minorum sunt, occultant.

Hierzu kommt, daß der Ausdruck νέος bey Theophilus [26]) mehrmals in der Bedeutung vorkommt, daß sowohl der impubes als pubes darunter begriffen ist, so wie in mehreren Stellen des Röm. Gesetzbuches [27]) unter *minores* auch die impuberes verstanden werden. Eben so wird denn auch der von Justinian gebrauchte Ausdruck κηδεμών, welcher überhaupt soviel als ein Pfleger oder Vormund heißt, in der Bedeutung genommen, daß es nicht nur einen Curator, sondern auch einen Tutor bezeichnet [28]). Ich würde auch noch die Inscription des Kap. 1. unserer Novelle zum Beweise anführen, welche so lautet: *Qui tutores vel curatores pupillo vel adolescenti esse non possunt* [29]), wenn nicht

ἐφήβων μὲν. Das Wort διαμαστοι übersetzt die vulgata durch administrantes, allein unrichtig.

26) *Paraphr.* graec. Institut. Lib. I. Tit. 24. §. 1. (Tom. I. pag. 183. edit. *Reitz.*)

27) *L.* 2. 3. *et ult. Cod. Si tutor vel curat. intervenerit.* (II. 25.) *L.* 2. *in fin. Cod. Quando mulier tut.* S. *Conr.* Rittershusii Jus Justinian. P. VIII. Cap. 3. nr. 5. pag. 456. und Brissonius de Verb. iur. Signif. voc. *Minor.* nr. 2. pag. 840.

28) Theophilus Paraphr. gr. Instit. Lib. I. Tit. 21. Princ. Tom. I. pag. 169. Vergl. auch *Guil. Ott.* Reitzii Glossar. Theophilin. Voc. κηδεμων. Tom. II. pag. 1276.

29) Ποιοι τουτορες ἡ κηδεμονες εἰναι τῷ πουπιλλῳ ἡ νεανισκω δυναγται.

die Authenticität derſelben noch zweifelhaft wäre [30]). Es bedarf aber auch dieſes Beweiſes gar nicht, weil alle übrigen Beſtimmungen der Novelle auf Tutoren ſowohl, wie auf Curatoren ſich beziehen [31]).

Ob das Geſetz auf alle Vormünder gehe, iſt ebenfalls ſtreitig. Soviel iſt gewiß, daß das Geſetz keinen Unterſchied macht. Es ſagt ganz allgemein, wer Gläubiger oder Schuldner des Unmündigen oder Minderjährigen iſt, ſoll auf keine Weiſe zur Vormundſchaft über denſelben gelaſſen werden, (τοῦτον μηδὲ παριέναι παντελῶς εἰς τὴν αὐτοῦ κηδεμονίαν) wenn es auch gleich ein ſolcher ſeyn ſollte, den das Geſetz zur Vormundſchaft ruft. Es ſoll alſo nach dieſem Geſetz nicht einmal der geſetzliche Vormund eine Ausnahme machen. Der Grund, den das Geſetz anführt, iſt auch ganz allgemein. Denn was wird ſich ein Gläubiger des Mündels nicht erlauben, der das Vermögen deſſelben in Händen hat, wenn ſeine Forderung auch noch ſo ſchlecht ſeyn ſollte? Und iſt er Schuldner des Mündels, ſo könnte er ja die Schuldurkunde, und andere Beweismittel, die der Pflegbefohlne für ſich hat, beyſeiteſchaffen, und auf ſolche Art die Vormundſchaft zum größten Nachtheil deſſelben mißbrauchen. Erſt durch ein neueres Geſetz machte Juſtinian eine Ausnahme in Anſehung der Mutter und Großmutter,

30) S. Hombergk Praefat. Novellis Justin. a se editis, praemiss. §. *Inscriptiones.* und Fried. Aug. Biener Geſchichte der Novellen Juſtinian's. Abth. I. 2. Kap. Nr. III. S. 67. f. Anderer Meinung iſt jedoch Walch Diss. cit. §. 2.

31) S. Mühlenbruchs Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte. §. 32. S. 381. (der 2. Aufl.) Greifswalde 1826.)

weil derselbe Grund, welcher zu Gunsten derselben eine Ausnahme von der Regel rechtfertigte, daß Frauenspersonen nicht Vormünder seyn dürfen, Mißbräuche der Art, wie sie hier das Gesetz zu verhindern sucht, nicht befürchten läßt, wie aus der Novelle XCIV. Kap. 1. zu ersehen ist, wo es nach der Hombergischen Uebersetzung heißt:

Quoniam vero MATRIBUS, *quae liberorum curam suscipere volunt*, et tam secundum veteres, quam nostras leges curam subire desiderant, haec constitutio praeter intentionem nostram a quibusdam non recte opposita est: volumus, ut a lege, quae ea dicit, *matrum personae* excipiantur. Primum enim id nunc prohibere, quod pro minoribus semper introductum est, absurdissimum existimamus: deinde nemo eodem loco et *matrem* et alios collocaverit. Illam enim pius et naturalis erga liberos amor a suspicione liberam ut plurimum reddit: illis vero, quibus nulla cum liberis necessitas benevolentiae intercedit, merito matres comparandae non sunt. *Liceat itaque* MATRIBUS [32])

32) Unter den Müttern ist hier sowohl die Mutter als Großmutter zu verstehen, wie Cujacius ad. h. Nov. richtig bemerkt hat. Denn es ist ja, wie es im Anfange des Kap. 1. heißt, von *matribus* die Rede, *quae liberorum curam suscipere volunt.* Nun kann ja auch die Großmutter die Vormundschaft über ihre Enkel übernehmen. Man sehe auch Gudelinus Commentarior. de iure noviss. Lib. I. Cap. 17. §. *Praeterea.* pag. 47. u. Rittershusius Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 3. nr. 8. pag. 457. Aus gleichem Grunde, sagen einige, müsse auch in Ansehung des Vaters und Großvaters eine Ausnahme Statt finden, wenn der Fall eintritt,

secundum veterem observationem, si renuncient, et res suas obligent, (sicut antea in usu fuit) *liberorum tutelam suscipere, neque hanc exceptionem metuant, sed, quantum ad illas, ita se res habeat, ac si ea de re lex plane scripta non fuisset.* Quare sive dotes, sive donationes ante nuptias exigant, sive mater minoribus, sive minores matribus, ex paternis forsan, vel ex propriis causis quid debeant, (multa enim, qui cogitabit et circumspiciet, invenerit) illa ab utraque parte integra sint, et secundum priores constitutiones iudicentur atque tractentur, sive legitimorum, sive naturalium liberorum tutelam mater gerat.

Da also nach dieser neuern Verordnung Justinian's nur in Ansehung der Mütter eine Ausnahme Statt haben soll; so ist hierdurch gewiß in Ansehung aller andern Vor-

daß sie die Vormundschaft über ihre minderjährige Kinder übernehmen. Auch diese hindere ein Schuldverhältniß nicht an Uebernehmung der Vormundschaft. So Cujacius in Exposit. Novellar. ad Nov. LXXII. und Gudelinus Commentarior. cit. loc. Allein Rittershusius in Jure Justin. c. l. nr. 11. und Stephani Commentar. in Novell. ad Nov. LXXII. nr. 10. et 11. verwerfen diese Meinung darum, weil das neue abändernde Recht streng zu erklären, und nicht folgeweise auf andere Fälle auszudehnen sey. Die Worte der *Nov. LXXII. Cap.* 1. *etsi a legibus vocetur*, stehen freylich jedem andern gesetzlichen Vormunde entgegen. Es ist indessen doch nicht abzusehen, warum die Gesetze ein größeres Vertrauen zur Mutter, als zum Vater haben sollten. Der pius et naturalis erga liberos amor, welcher die Mutter von allem Verdacht freyspricht, findet ja auch bey dem Vater Statt.

münder die Regel beſtätiget worden [33]). Dieſes beſtärken noch mehr die letzteren Worte des Kap. 5.

Atque haec dicimus *de omni curatore*, (ἐπὶ κηδεμόνος παντὸς) in quibuscunque etiam leges curam inducunt, sive in prodigis forte, sive furiosis, sive mente captis, vel si quid aliud lex iam dixit, vel natura quid inopinati inveniet.

Gleichwohl ſind viel Rechtsgelehrten [34]) der Meinung, das Geſetz gehe nicht auf teſtamentariſche Vormünder. Man ſagt, wenn der Vater einen ſolchen zum Vormund ſeiner Kinder ernannt habe, der Schuldner oder Gläubiger iſt, ſo habe er ihn gewiß für einen redlichen

33) Eben dieſes behaupten auch *Hug.* Donellus in Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 3. §. 11. (Vol. II. pag. 23. edit. *Koenig.*) *Matth.* Stephani Comment. in Novellas Constit. Justin. Imp. ad Nov. LXXII. nr. 8. pag. 417. Walch cit. Diss. §. 3 et 4. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 656. nr. VIII. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 510. u. a. m.

34) Unter den ältern behaupteten dieſes ſchon der Gloſſator Martinus, Oldradus und Bartholus, welche Rittershusius in Jur. Justin. P. VIII. Cap. IV. §. 14. anführt, der ihnen beyſtimmt. Unter den neuern *Ant.* Faber in Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 20. Def. 1. *Christph. Phil.* Richter Exposit. Authenticar. Lib. V. Tit. 34. nr. 11. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. Qu. 4. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad *Christinaeum*. Vol. V. Obs. 25. pag. 35. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 245. Not. 6. Nr. 5. S. 261. und ehemals auch Walch in Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. 2. Membr. 3. §. 3. Er hat aber nachher ſeine Meinung in Diss. cit. §. 4. geändert.

Mann gehalten, und, dieſes Verhältniſſes ungeachtet, deſſelben Treue bewährt gefunden. Von einem ſolchen Vormunde ſey alſo auch nichts Nachtheiliges zu befürchten. Dieſes ſetze aber freylich voraus, daß dem Vater dieſes Schuldverhältniß nicht unbekannt geweſen ſeyn dürfe. Für dieſe Meinung werden auch einige Geſetzſtellen [35]) angeführt. Ja es wird ſogar der Beweis aus der Novelle *LXXII.* ſelbſt hergenommen. Denn das Geſetz, ſagt man, rede ausdrücklich nur von geſetzlichen Vormündern, und ſolchen, die von der Obrigkeit beſtellt werden, wie daraus zu erſehen ſey, weil es dem Vormunde erlaube, das Schuldverhältniß bey der Obrigkeit, die ihn beſtellt, nachzuweiſen, wenn er ſich deshalb entſchuldigen will. Von einer Beſtellung des Vormundes im Teſtament ſey nirgends die Rede. Allein dieſe Gründe hat ſchon Lauterbach [36]) ausführlich widerlegt. Sie werden auch durch die bereits oben für die Allgemeinheit des Verbots angeführten Gründe unſtreitig überwogen. Die angeführten Geſetzſtellen können ohnehin nichts beweiſen, weil das ältere Recht durch das neuere gänzlich aufgehoben worden iſt. Der Beweis aber, welcher aus der Novelle *LXXII.* Kap. 4. genommen iſt, beruht auf einem offenbaren Mißverſtande. Denn wenn es daſelbſt heißt: si quis dicat, minorem vel res eius, vel parentes minoris sibi obligatos esse, ut intra tempus excusationis apud eum, *qui curatorem dat*, illud ostendat, et liberetur; ſo iſt dieſes nicht blos auf Dativ-Vormünder zu beſchränken, ſondern es iſt unter dem, *qui curatorem dat*,

35) *L. 70. D. de procurat. L. 7. pr. C. de curator. furiosi.*

36) *Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 18. et 19.*

vielmehr der Magiſtrat zu verſtehen, unter deſſen Aufſicht die Vormundſchaft geführt wird [37]), und den wir den Obervormund nennen. Denn bey dieſem müſſen die Excuſationen binnen der geſetzlichen Friſt vorgeſchützt und ausgeführt werden [38]). Da ſich nun der angeführten Excuſation jeder Vormund bedienen kann, der in einem ſolchen Verhältniß mit dem Pupillen, oder Minderjährigen ſteht, ſo kann wohl das Geſetz den teſtamentariſchen Vormund nicht haben ausſchließen wollen. Ueberhaupt fällt ja auch darum die Anwendbarkeit eines Geſetzes noch nicht weg, daß die üblen Folgen, die das Geſetz durch das allgemeine Verbot einer Handlung, weil ſie gemißbraucht werden kann, hat verhüten wollen, in einem oder dem andern Falle vielleicht nicht zu beſorgen ſeyn dürften, wenn das Geſetz ſelbſt in einem ſolchen Falle keine Ausnahme gemacht hat [39]). Daß indeſſen die entgegengeſetzte Meinung in der Praxis die vorherrſchende ſey, behaupten viele [40]).

Es ergiebt ſich übrigens hieraus, daß das Schuldverhältniß müſſe auſſer Zweifel ſeyn, wenn die Vorſchrift des Geſetzes Anwendung finden ſoll, wie aus den Worten

37) S. Walch cit. Diss. §. 4. in fin.

38) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. Buch §. 146.

39) S. Webers ſyſt. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 64. S. 226.

40) S. Montanus de iure tutel. et curation. Cap. IX. nr. 67 — 72. *Jo. a* Sande Decision. aur. Lib. II. Tit. 9. Def. 1. Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 87. Carpzov Jurispr. for. P. II. Constit. XI. Definit. 19. Stryk Us. Mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 17. und Reinharth Select. Observat. ad *Christinaeum*. Vol. V. Obs. 25.

des erſten Kap. *aut* APERTE *illi obligatus est*, deutlich erhellet. Schützt der beſtellte Vormund dieſes Verhältniß, als einen Befreiungsgrund, vor, ſo muß er daſſelbe, in Ermangelung anderer Beweiſe, eidlich beſtärken, wie Juſtinian Kap. 3. verordnet.

Ne vero omnibus hominibus excusationem tutelae aut curae concedamus, si res minorum sibi obligatas habere dicant, vel illi *manifesto* obligati sint: sancimus, — — vel *si id obscurum sit, iureiurando coram sacris eloquiis praestito, quod revera se eum obligatum habere credat, excusetur:* quo facto neque tutelam neque curam attingat, sed longissime ab hoc negotio removeatur, ne hoc ipso hostem, non vero curatorem minori demus.

Ob nicht etwa die Größe der Schuld zu berückſichtigen ſey, iſt ebenfalls ſtreitig. Mehrere Rechtsgelehrten [41]) ſind der Meinung, daß die Novelle keine Anwendung finde, wenn die Schuld nicht erheblich ſey, und überlaſſen es übrigens der Beurtheilung des Richters, ob die Schuld für erheblich zu halten ſey, oder nicht. Allein das Geſetz macht keinen Unterſchied. Der in dem griechiſchen Text gebrauchte Ausdruck ὑπεύθυνος bezeichnet jeden Schuldner. Ein ſolcher iſt auch derjenige, der den Pupillen auch nur wenig ſchuldig iſt. Genug das Geſetz wollte den Pflegbefohlnen gegen allen beſorglichen Nachtheil ſchützen [42]).

41) Z. B. Accursius, Bartolus, und *Joh.* Faber, welche Rittershus. iure Justinian. P. VIII. Cap. 4. §. 3. pag. 459. anführt. Eben dieſer Meinung iſt auch Richter in Exposit. omn. Authenticar. P. II. Lib. V. Tit. 31. nr. 8. pag. 18.

42) Man ſehe *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 3. §. 11. (Vol. II. pag. 23. edit. *Koenig.*)

Verschweigt derjenige, welcher Gläubiger oder Schuldner des Pupillen ist, wissentlich dieses Verhältniß, und er übernimmt die Tutel; so verliert jener sein Forderungsrecht zum Besten des Minderjährigen, wenn auch die Schuld noch so gegründet seyn sollte; letzter aber wird durch die während der Vormundschaft geleistete Zahlung nicht befreit. Hierher gehört das Kap. 4. der Novelle LXXII. welches nach Homberg, so lautet:

Si vero initio hoc tacuerit, et tutor factus sit, omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciat, quod de industria contra hanc nostram legem id dissimulaverit. Si vero quis, cum manifeste obligatus esset, tacuerit, ille quoque hanc poenam se subiturum esse sciat, quod numerationibus vel aliis solutionibus tempore forte tutelae dolose adornatis debito se eximere non possit.

Daß auch bey einer wahren Schuld des Pflegbefohlnen die obligatio naturalis zugleich und dergestalt aufgehoben sey, daß auch sogar das dem Vormunde Gezahlte wieder zurückgefordert werden könne, läßt sich aus dem Gesetz nicht erweisen. Denn es sagt nur, der Gläubiger, der dem Gesetz zuwider handelt, solle sein Klagerecht verlieren. Dann stellt schon das Pandectenrecht[43]) die Regel auf, wenn der Schuldner zur Bestrafung des Gläubigers von seiner Schuld befreit worden ist, so soll dennoch

Pet. Gudelinus Commentar. de iure novissimo. Lib. I. cap. 17. pag. 48. und Walch cit. Diss. §. 3. in fin.

43) *L.* 19. *pr. D. de condict. indeb. L.* 40. *pr. D. eodem.* S. Mühlenbruchs Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 32. S. 383. der 2. Aufl.

die Naturalobligation bleiben, und keine Zurückforderung des Gezahlten Statt finden. Eben so läßt sich auch mit Grund behaupten, daß der Vormund sich gegen die Klage seines Pflegbefohlnen mit der exceptio doli müße schützen können, wenn der Vormund nachweisen kann, daß er dasjenige, was er dem Pupillen schuldig war, ehrlich berechnet, und zur Kasse des Pupillen gebracht habe. Denn auch Pupillen sollen sich nicht mit eines Andern Schaden bereichern [44]); und überdem redet das Gesetz von solutionibus *dolose* adornatis. Wo kein Dolus vorhanden war, und das gezahlte Geld wirklich zum Besten des Pupillen verwendet worden, da geben die Gesetze [45]) die exceptio doli gegen die Klage auf nochmalige Bezahlung.

Wird der Vormund erst während der Vormundschaft Schuldner oder Gläubiger des Pupillen, z. B. dem Vormund ist die Erbschaft eines Verstorbenen angefallen, dem der Pupill schuldig ist; so wird dem Pupillen oder Minderjährigen zur Berichtigung der Schuld ein anderer Tutor oder Curator beygeordnet, um ihn gegen alle Verletzung zu sichern. Justinian sagt *Nov. LXXII. Cap.* 2.

Et in universum, si ei, qui iam curam gerit, minor obligetur, delata forte ad eum hereditate cuiusdam, qui minorem obligatum habuit, vel alia eiusmodi causa: non amplius illi soli impuberum vel minorum cura credatur, *sed alius illi tutor vel curator adiungatur*, (id quod in multis legum casibus invenimus) ut is observet, ne contra minorem vel substantiam eius, ab illo, cui is obligatus est, dolosa quaedam machinatio interim fiat.

44) *L.* 13. *et* 14. *D. de condict. ind.*

45) *L.* 15. *D. de solutionib.* Man sehe auch Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 21. in fin.

Hat jedoch der Vormund seinen Mündel selbst zu seinem Schuldner gemacht, dadurch, daß er sich eine Schuldforderung gegen den Pupillen oder Minderjährigen von dem Gläubiger desselben hat abtreten lassen; so ist eine solche Cession nichtig, auch wenn sie erst nach niedergelegter Vormundschaft geschehen seyn sollte, vorausgesetzt, daß die Schuldforderung früher schon vorhanden war. Es soll nicht nur gegen den Minderjährigen keine Klage Statt finden, sondern die Forderung selbst soll in Folge der, als rechtswidrige Handlung, verbotenen Cession, zum Besten des Minderjährigen vernichtet seyn, wenn auch die Schuld an sich gewiß seyn sollte. Hierher gehört, was Justinian *Nov. LXXII. Cap.* 5. verordnet hat, aber schon bey einer andern Gelegenheit[46]) vorgekommen ist.

An der heutigen Gültigkeit dieser Verordnungen des Kaisers Justinian läßt sich wohl mit Grund nicht zweifeln, obwohl mehrere Rechtsgelehrten[47]) anderer Meinung sind, oder wenigstens alles hierbey auf das Ermessen der Obrigkeit ankommen lassen wollen. Die heutige Anwendung beweisen nicht nur die in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten[48]) vorkommenden Fälle, sondern auch

46) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1021. S. 430. Vergl. auch Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 32. S. 379 — 383.

47) Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. und Walch Diss. cit. de tutore pupilli debitore. §. 6.

48) Struk Us. mod. Pand. Tom. II. h. t. §. 16. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXVII. medit. 1. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 120. S. 471. und 5. Th. Bed. 8. S. 14. Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. 4. Th. 3. Not. 4. et 5. Wernher Select.

mehrere deutsche Gesetzgebungen [48]); ob man wohl freylich diese Verordnungen auf mancherley Art in der Praxis einzuschränken pflegt, und solche z. B. in den Fällen nicht Statt finden lassen will, wenn die Schuld notorisch, oder nicht bedeutend ist [50]).

Untauglich sind ferner, aber nur in Beziehung auf eine einzelne bestimmte Vormundschaft, so wie Gläubiger oder Schuldner des Minderjährigen,

6) diejenigen, welche die Aeltern des Unmündigen zur Vormundschaft zu lassen, in ihrem letzten Willen ausdrücklich verboten haben. Dieses Recht, gewisse Personen von der Vormundschaft auszuschließen, wird den Aeltern in den Gesetzen ausdrücklich eingeräumt. Wären sie auch bestellt worden, so müssen sie entfernt werden, jedoch ohne Nachtheil ihrer Ehre, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 8. pr. D. de testam. tut. Ulpian. *Lib. XXIV. ad Sabinum.* Tutor datus vetari tutor esse potest vel testamento, vel codicillis.

Observatt. For. Tom. II. P. VIII. Obs. 473. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. B. h. t. §. 2. S. 138. Ge. Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 1. Abth. Nr. 7. S. 47. f.

49) S. Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 147 — 149. Allgem. bürg. Gesetzbuch für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 1. Th. 4. Hptst. §. 193. Sächs. Vormundschaftsordn. 1. Kap. 8. §. 4. ff. *Cod. Maximil. Bavar. civ.* 1. Th. Kap. 7. §. 3. u. a. m.

50) Carpzov P. II. Decis. 119 et Lib. V. Respons. 89. Man sehe jedoch Strik Us. mod. Pand. T. II. h. t. §. 17. und Lauterbach Colleg. th. pr. h. t §. 22.

L. 21. §. 2. D. de tutorib. et curat. dat. Modestinus *Lib. I. Excusation.* Ἀλλὰ κἂν τις ἀπὸ γονέων κωλύθῃ ἐπιτροπεύειν τοῦτον οὔτε χειροτονεῖσθαι προσήκει· κἂν χειροτονηθεὶς μὴ παραιτήσηται, κωλύεσθαι αὐτὸν ἐπιτροπεύειν, μενούσης τῆς ἐπιτιμίας.

Oder nach der Ueberſetzung des Anton Auguſtinus [51]).

Sed et si quis a parentibus prohibeatur tutor esse, creandus non est: quod si fuerit creatus, neque se excusaverit, *prohibendus est, existimatione quidem salva* [52]), *tutelam gerere.*

51) Ad Modestinum sive de Excusationibus lib. sing. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1561.) Man ſehe auch *Jan. Thom. Wilh. van* Alphen Specim. exhib. Selecta quaedam Juris publici et privati. (*Lugd. Batav.* 1792.) Cap. II. Sect. 1. pag. 34. sqq.

52) In der ſchlechten lateiniſchen Ueberſetzung, welche in unſerm Corp. iur. niv. dieſer Stelle des Modeſtinus beygefügt iſt, iſt das griechiſche Wort *epitimia* beybehalten. Unrichtig las Accurſius epitimio, und erklärte dieſes Wort eben ſo unrichtig durch voluntas testatoris. *Andr.* Alciatus Parergor. iuris Lib. II. Cap. 29. (in *Operib. Basiliae* 1550. *F. editt.* Tom. I. pag. 236.) hat zwar dieſen Irrthum widerlegt. Er ſelbſt aber erklärt dieſe Stelle auch ganz unrichtig von einem Sohne, dem die Eltern die Uebernehmung einer Vormundſchaft unterſagt haben. Schon Ferandus Adduensis Explication. in Pandect. Lib. I. cap. 25. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 535.) hat dagegen erinnert, daß ſelbſt der Vater, wenn er noch lebte, den Sohn nicht hätte hindern können, Vormund zu werden.

L. un. Cod. Si contra matris voluntatem tutor datus sit. Impp. Severus et Antonius AA. Tertio. Si contra matris ultimam voluntatem Fuscinium filio communi tutorem datum probaveris: *eum sine damno existimationis a tutela removendum Praetor decernet.*

7) Juden konnten zwar nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus Vormünder auch sogar von nichtjüdischen Pupillen werden, und hatten deswegen nicht einmal eine Excusation, so wenig als sie von anderen Staatslasten befreit waren, wie aus folgender Stelle des Modestinus erhellet.

L. 15. §. 6. *D. de Excusation.* Ἢ δὴ δὲ καὶ οἱ Ἰουδαῖοι τῶν μὴ Ἰουδαίων ἐπιτροπέυσουσιν, ὥσπερ καὶ τὰ λοιπὰ λειτουργήσουσιν· αἱ γὰρ διατάξεις ἐκείνοις μόνοις ἀνενοχλήτους αὐτοῦς εἶναι κελεύουσιν, δι ὧν ἡ θρησκεία χραίνεσθαι δοκεῖ.

Oder nach der richtigern lateinischen Uebersetzung des Anton Augustinus[53]): Jam vero Judaei quoque *non Judaeorum tutores erunt*, quemadmodum cetera munia subeunt. Namque eos *constitutione*[54]) solutos esse volunt solis illis rebus, per quas superstitio illorum pollui videtur.

Es erklärt sich dieses daraus, weil die Juden in mehreren Provinzen des Römischen Reichs das Bürgerrecht erhalten hatten, darum konnten und mußten sie auch Vor-

53) In *Ev.* Ottonis Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1601.

54) Dieß war die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, deren Ulpian *libro III. de officio Proconsulis L.* 3. §. 3. *D. de Decurionib.* gedenkt.

mundschaften übernehmen, wie Ezechiel Spanheim[55]) gezeigt hat. Allein unter den *non Judaei* sind hier nicht Christen, sondern *Gentiles*, Heiden zu verstehen, wie ebenfalls Spanheim[56]) ausführlich bewiesen hat. Denn die Christen waren ja unter den heidnischen Kaisern den härtesten Verfolgungen ausgesetzt, daher sorgte auch der Staat nicht für deren Kinder. Ulpian, den Modestin, dessen Lehrer er war, hier vor Augen hatte[57]) hatte im siebenten Buche seines Werkes *de Officio Proconsulis* die Rescripte der Kaiser gegen die Christen gesammelt, wie aus einer Stelle des Lactantius[58]) erhellet, wo er sagt: Domitius *de officio Proconsulis libro septimo, rescripta Principum nefaria collegit, ut doceret, quibus poenis affici oporteret eos, qui se cultores Dei confiterentur.*

Soviel ist indessen gewiß, daß nach der Analogie des neuern Römischen[59]) und des Canonischen Rechts[60]), so wie nach der heutigen Praxis die Juden keine Vormundschaft über Christen führen dürfen[61]). Eben so darf

55) Orbis Rom. Exercit. I. Cap. 16. pag. 99. seq.

56) Cit. loc. pag. 100. seq. S. auch Ant. Schultine Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 15. §. 6. D. de excusat. pag. 463.

57) In der *L.* 6. §. 5. *D. de Excusat.* führt Modestin eine lateinische Stelle aus Paulus an, in welcher des Werks des Ulpians *de Officio Proconsulis* gedacht wird. S. *Ev.* Otto de Aedilib. Coloniar. et Municipior. Cap. VII. §. 2. pag. 223. seq.

58) *Divinar. Institution.* Lib. V. cap. 11. in fin.

59) *L.* 19. *Cod. de Judaeis.* (I. 9.)

60) *Cap.* 18. *X. de Judaeis.* (V. 6.)

61) *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. in for. Germ. Exercit. XXXVII. §. 15 — 21. *Sam.* Stryk. Us. mod. Pand.

8) der Ehemann nicht Curator seiner Frau werden. Auch nicht der Schwiegervater Curator seiner Schwiegertochter. Es ist dieses Verbot nach der Analogie des unter m Kaiser Marcus gemachten Senatusconsultums, welches den Vormündern die Heyrath mit ihren Pflegbefohlnen untersagt, eingeführt worden, und die Strafe der Infamie darauf gesetzt, wenn Jemand mit Wissen und Willen eine solche Curatel übernimmt[62]). Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 14. *D. de curatorib. furioso et aliis.* Papinianus *lib. V. Responsor.* Virum uxori mente captae curatorem dari non oportet.

L. 4. *Cod. de excusation. tutor. et curator.* Imp. Antoninus A. Agatho. Amplissimi ordinis consulto, qui pupillam suam uxorem ducit, nuptias contrahere non intelligitur, et tamen infamis constituitur. Sed si tu Demetriae, cum eam in matrimonio haberes, *absens* et *ignorans curator constitutus es:* potes esse securus, dum tamen alius substituatur. Non enim debet ignorantia maritorum, amplissimi ordinis Consulto fraus quaeri.

h. t. §. 20. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 23. Paul. Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. IV. nr. 32 — 40. Eine Ausnahme wollen jedoch einige in dem Falle machen, wenn der Vater einen Juden aus besonderem Vertrauen in seinem Testamente zum Vormund seiner Kinder bestellt habe. Es dürfe ihm nur nicht die Erziehung anvertrauet werden. S. Beck vom Rechte der Juden. Kap. IX. §. 2. und *Jo. Siegm.* Thiel Princip. iurisprud. iudaicae. (*Halae* 1790. 8.) §. 170. pag. 109.

62) S. Püttmanni Interpretation. et Observation. iur. Rom. Cap. 3.

L. 17. *C. eodem.* Impp. Gallienus et Valerianus AA. Epagatho. Licet orationis sub divo Marco habitae verba deficiant: is tamen, *qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet*, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat.

L. 2. *Cod. Qui dare tutores vel curator. possunt.* Imp. Alexander A. Artemisiae. Maritus, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, *tamen curator ei creari non potest.*

Dieſen iſt nicht entgegen, wenn Juſtinian §. 19. *J. de excusat.* ſagt: Jidem, (sc. Divi Severus et Antoninus) rescripserunt, maritum uxori suae curatorem datum *excusare se posse*, licet se immisceat. Denn dieß iſt nicht von einer freywilligen, ſondern von einer nothwendigen Excuſation zu verſtehen, ſo daß excusare se posse hier eben ſo viel heißt, als *excusare se debere*, wie in der angeführten *L.* 17. *Cod. eodem* [63]). Es iſt auch nicht nöthig, mit Walch [64]) anzunehmen, daß durch die von Juſtinian angeführte Conſtitution der Kaiſer Severus und Antoninus der *L.* 4. *C. de excu-*

63) Daß *posse* für debere, oportere, gebraucht wird, iſt in unſern Geſetzen nichts Ungewöhnliches, wie Cujacius Observation. Lib. XXI. cap. 12. und Ritterhusius ad *Pauli* Recept. Sentent. Lib. IV. Tit. 14. §. 1. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. Antejust.* pag. 427.) aus mehrern Beyſpielen bewieſen haben. Man vergleiche auch Heineccii Diss. de marito tutore et curatore uxoris legitimo. Cap. I. §. 22. (in *Opusculor. varior. Syllag.* Exercit. XXIV. pag. 836. sq.)

64) Ad Hoppii Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 19. Not. a. pag. 230.

sat. derogirt worden, und die Strafe der Infamie bey erfolgter Excuſation erlaſſen ſey, wenn auch gleich der Ehemann ſchon angefangen habe, ſich mit der Verwaltung der Vormundſchaft zu befaſſen; ſondern es iſt vielmehr, wie Püttmann[65]) gezeigt hat, die Stelle der Inſtitutionen aus der *L. 4. cit.* zu erklären. Hat nämlich der Ehemann, der vielleicht ohne ſein Wiſſen, oder in der Abweſenheit zum Curator ſeiner Frau beſtellt worden, ſich auch in die Angelegenheiten ſeiner Frau gemiſcht, aber nicht als Curator, ſondern als Ehemann aus ehelicher Zuneigung, ſo darf er keine Infamie befürchten, wenn er die Curatel, wie ihm das Geſetz gebietet, von ſich ablehnt. Der Grund des geſetzlichen Verbots iſt übrigens der nämliche, wie bey dem Verbot der Ehe des Vormundes mit ſeiner Pflegbefohlnen. Man beſorgt, die Frau werde ſich nicht unterſtehen, von ihrem Manne Ablegung der Rechnung zu fordern. Man hat daher das Senatusconſultum[66]) ſogar auf den Bräutigam ausgedehnt, und auch dieſem die Curatel über ſeine Braut unterſagt[67]).

Man verwechſele dieſe Vormundſchaft über die Frau, von welcher das Römiſche Recht den Ehemann ausſchließt,

65) Interpretat. cit. Cap. 3. pág. 11. sqq. Man ſehe auch *Jan. a* Costa Comment. ad §. 19. J. de excusation.

66) S. *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 19. J. de excusat. nr. 2. in fin.

67) *L. 1. §. 5. D. de excusat.* Modestinus *lib. I. Excusation.* Οὐκ ἔξεστιν κουρατορεύειν μνηστῆρα μνηστῆς, ὡς ἡ σύγκλητος λέγει· χειροτονηθεὶς δὲ ὁ τοιοῦτος ἀπολυθήσεται. *Non potest curator esse sponsae sponsus, ut Senatus dicit: creatus autem talis absolvetur.*

nicht mit der an mehreren Orten Deutschlands üblichen Geschlechtsvormundschaft, welche dem deutschen Ehemann gebührt, und mit dem Nießbrauche des weiblichen Vermögens verbunden ist [68]). Den Römern war sie in dieser Art nicht bekannt [69]), sie macht auch der Vormundschaft, unter welcher die Frau vor ihrer Verheyrathung stand, kein Ende, sondern diese dauert fort, bis die Frau die Majorennität erreicht hat [70]). Denn der Geschlechtsvormund ist kein eigentlicher Tutor oder Curator, sein Verhältniß besteht blos darin, daß er der Frau bey Geschäften von Wichtigkeit, z. B. bey den gerichtlich vorzunehmenden, oder eine Veräusserung betreffenden Handlungen, seine Einwilligung ertheilt [71]). Bey dieser kommt es auch auf kein gewisses Alter an. Sie hat jedoch durch Einführung des Römischen Rechts an den meisten Orten aufgehört [72]).

68) S. Heineccii Dissertat. cit. Cap. II. §. 16. (*Opuscul.* pag. 856. sq.)

69) Heineccius Diss. cit. Cap. I. §. 23. (*Opusc.* pag. 837.) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 711.

70) Man sehe *Tob. Jac.* Reinharth Diss. sistens genuinas curae sexus et aetatis differentias, cum usu practico. *Erford.* 1728. §. 31. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 247.

71) S. Reinharth Diss. cit. §. 22 — 33. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 632. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 381. (der dritten Ausg.)

72) S. Heineccii Dissertat. cit. Cap. II. §. 19. Danz a. a. O. §. 632. S. 163. Mittermaier a. a. O. §. 380. S. 698.

§. 1301. a.

Regel. Einige ſtreitige Fälle. Schreibensunkundige. Stiefväter.

Noch iſt bey der Beurtheilung der Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit der Vormünder die allgemeine Regel zu bemerken, daß wenn der Richter aus dem Zuſammenhange der Umſtände erſieht, daß Jemand, ohne den offenbaren Nachtheil des Pupillen, zum Vormund deſſelben nicht beſtellt, oder beſtätiget, oder beybehalten werden kann, er ſolchen entfernen müſſe [73]). Daher ſind manche Vormünder nicht ſchlechterdings auszuſchließen, ſondern unter gewiſſen Umſtänden zuläſſig, oder unzuläſſig. Dieß iſt

I. der Fall bey denen, welche unkundig im Leſen und Schreiben ſind. Von dieſen ſagt Juſtinian §. 8. *J. de excusat. tutor. et curat.*

Similiter eum, *qui litteras nescit*, excusandum esse, Divus Pius rescripsit: *quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

Daß hier die Ausdrücke *litteras nescire*, und *imperiti litterarum* von ſolchen Perſonen zu verſtehen ſind, die weder leſen noch ſchreiben gelernt haben, darin ſind alle Ausleger einverſtanden. Franz Duarenus [74]) hat

73) *L.* 3. §. 12. *D. de suspect. tutor.* Utilitatem enim pupillorum Praetorem sequi oportet, non scripturam testamenti vel codicillorum. *L.* 10. *D. de confirm. tutor. L.* 45. §. *ult. D. de excusat.* S. Mühlenbruch doctrina Pandectar. Vol. II. §. 313. in fin.

74) Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 3. (*Operum Francofurti* 1592. *f. editor. pag.* 1031.) Man vergleiche auch *Pet.* Grangianus Paradoxor. iur. civ. Cap. 43. (in *Thes. J. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 635.)

dieſe Bedeutung aus ſo vielen Stellen und Zeugniſſen der Claſſiker bewieſen, daß Ulrich Huber [75]) nicht ohne Grund die nimia et pene misera diligentia tadelt, mit welcher Duaren dasjenige zu beweiſen bemüht geweſen, woran noch Niemand gezweifelt habe. Obwohl nicht zu läugnen iſt, daß das Wort *litterae* auch häufig ſowohl in den Geſetzen, als bey den Claſſikern in der Bedeutung von Künſten und Wiſſenſchaften gebraucht wird, wie Anton Matthäi [76]) und Briſſonius [77]) gezeigt haben. Die Conſtitution des Kaiſers Antoninus Pius, worauf ſich hier Juſtinian bezieht, iſt vielleicht die nämliche, welche auch Paulus bey Modeſtin *libro secundo Excusationum* anführt, woraus die *L. 6. §. ult. D. de excusation.* genommen iſt, wo es heißt:

De rusticis autem, et humilibus, et ILLITERATIS scribit PAULUS ita: Mediocritas et rusticitas *interdum* excusationem praebent, secundum epistolas Divorum HADRIANI et ANTONINI. *Eius, qui se neget* LITTERAS SCIRE, *excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum.*

Viele haben zwiſchen dieſen beyden Stellen einen Widerſpruch zu finden vermeint, und ſich daher auf verſchiedene Art bemüht den Knoten zu löſen. Der Irrthum des Cujaz [78]), daß dasjenige, was Modeſtin aus Pau-

und *Jan. a* COSTA Commentar. ad §. 8. Instit. de Excusationib. pag. 129.

75) Digression. Iustinianear. P. I. Lib. III. Cap. 23. §. 1. pag. 241.

76) Commentar. ad Institut. §. 8. de excusat. pag. 507.

77) De Verbor. iuris Significat. voc. *Litterae.*

78) Commentar. ad Tit. Pandectar. de Excusationibus, ad L. 6. §. ult. h. t.

lus anführt, von Antoninus Pius abgeändert worden sey, fällt zwar in die Augen. Denn Paulus und Modestin lebten ja erst lange nach Antonin; und dann führt auch Paulus selbst die *epistola* Divi Antonini an, welches keine andere gewesen zu seyn scheint, als diejenige, deren Justinian gedenkt. Marcilius und Janus a Costa [79]) haben daher diese Meinung mit Recht verworfen.

Ob aber auch diese den Kaiser Justinian richtig verstanden haben, ist sehr zweifelhaft. Sie sagen, Justinian führe hier zuerst das ältere Recht nach einer Constitution des Kaisers Antoninus Pius an, nach welcher diejenigen zu entschuldigen seyn sollen, welche weder lesen noch schreiben können. Dieses ältere Recht habe Justinian hier erweitert, und das Neue hinzugefügt, daß die im Lesen und Schreiben Unkundigen entschuldiget seyn sollen, wenn auch gleich solche Unkundige sonst Geschäfte zu verwalten vollkommen tüchtig wären, nämlich wegen der Errichtung eines Inventars, und wegen Ablegung der Rechnung. Hierdurch habe Justinian das Recht abgeändert, welches zu Modestins Zeiten gegolten habe, und wodurch jenes ältere Recht beschränkt worden sey. Man müsse hier also ein dreyfaches Recht unterscheiden, das ältere des Antoninus, das mittlere des Modestinus, und das neuere von Justinian.

Diese Erklärung hat nun zwar von der einen Seite die Paraphrase des Theophilus für sich, in welcher es heißt: *εἰ καὶ τὰ μάλιστα καὶ οἱ ἀγνοῦντες γράμματα ἐστὶν ὅτε δύνανται ἀλλοτρίας διοικεῖν περιου-*

79) Commentar. ad §. 8. Institut. de Excusationib. pag. 129. sq.

σίας: id est, *quamvis et imperiti litterarum quam maxime aliquando aliena patrimonia administrare possint.* Auf der andern Seite aber scheint ihr Erstens der Zusammenhang dieses Paragraphen mit dem unmittelbar vorhergehenden entgegen zu stehen. Justinian verbindet diesen Paragraphen mit dem vorhergehenden durch das Wort *Similiter.* Nun spricht er in dem §. 7. von der Krankheit, und erklärt diese nur in so fern für eine Entschuldigungsursache, als sie den Berufenen hindert, seinen eignen Geschäften vorzustehen. Dieß muß also auch bey der Unkunde im Lesen und Schreiben angenommen werden. Sollte also der Schreibensunkundige dennoch Geschäftstüchtigkeit besitzen, und so, wie sein eigenes Vermögen, auch fremdes zu verwalten im Stande seyn; so kann er sich nicht excusiren [80]). Zweytens streitet es auch ganz gegen Justinians bekannten Character ein altes Recht abzuändern, ohne dieses ausdrücklich, und zugleich Etwas dabey zu seinem eignen Lobe zu sagen [81]).

Daß aber Justinian den Ausdruck *litteras nescire* in einer andern Bedeutung genommen haben sollte, als Paulus, wie Anton Muretus [82]), und Anton Matthäi [83]) meinen, ist höchst unwahrscheinlich. Sie unterscheiden nämlich zweyerley Arten von imperitis littera-

80) S. besonders *Marci* Lycklama *a* Nyeholt Membranar. Lib. I. Ecclog. 12.

81) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Roem. Rechts. §. 9. S. 41. (der 2. Ausg.)

82) Comment. ad §. 8. J. de excusat. bey *Jan. a* Costa pag. 130.

83) Comm. ad Institut. cit. §. 8. de excusat.

rum, 1) ſolche, die nicht ſtudirt haben, und 2) ſolche, die nicht ſchreiben noch leſen können. Von letzteren rede Juſtinian. Dieſe ſeyen völlig entſchuldiget, weil ſie keine Rechnung ablegen können, wozu die Schreibkunſt erfordert werde. Erſtere aber hätten keine Entſchuldigung, und von dieſen rede Paulus. Allein ſo wenig Paulus den Ausdruck *nescire litteras* in einer andern, als der gewöhnlichen Bedeutung genommen hat; eben ſo wenig war es gewiß Juſtinians Abſicht, die imperiti litterarum ganz von der Bürde der Tutel zu befreyen. Mag auch vielleicht das Reſcript des Kaiſers Antoninus allgemein gefaßt geweſen ſeyn, welches doch noch zu bezweifeln iſt; ſo ward es doch nicht ſo allgemein verſtanden, wie die Stelle des Paulus ganz beſtimmt ſagt. Die Stelle der Inſtitutionen iſt daher ganz gewiß nicht ohne alle Einſchränkung zu verſtehen, wie auch die meiſten Ausleger dafür halten. Es ſind noch zweyerley Erklärungen übrig.

Einige [84]) erklären nämlich die Worte: *quamvis et imperiti litterarum* etc. für eine Ausnahme, wie bey Paulus, welcher ſie deutlich ausgedrückt habe. Nichts anders habe auch Juſtinian ſagen wollen. Wenn alſo der Schreibensunkundige ſonſt zur Geſchäftsverwaltung nicht untüchtig iſt, ſo könne er auch Vormund ſeyn, und

84) *Franc.* Duarenus Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 3. *Jos.* Nerius Analector. Lib. II. Cap. 12. (*in Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 409.) *Jul.* Pacius Εναντιοφανων s. Legum conciliatarum Centur. V. Qu. 81. *Jo. Jac.* Wissenbach Disputat. ad Instituta Imp. Disp. VIII. §. 27. *Helf. Ulr.* Hunnius Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 24. *Herm.* Vultejus Disceptation. Scholast. cap. 7. und *Ev.* Otto Comm. ad §. 8. J. de excusation.

habe keine Excuſation. Das Inventar, und die Rechnungen könne er allenfalls durch einen Andern verfertigen laſſen, zumal wenn das Vermögen des Pupillen nicht beträchtlich iſt, und überdem der Vormund ein gut Gedächtniß hat. Andere [85]) wenden dagegen ein, es ſtreite gegen den lateiniſchen Sprachgebrauch, *quamvis* durch nisi, und alſo von einer Ausnahme zu erklären. Dieſe Erklärung ſey auch der griechiſchen Paraphraſe des Theophilus zuwider. Der Sinn des §. 8. *J. de excusat.* ſey vielmehr folgender. Unkunde im Leſen und Schreiben entſchuldige zwar nach der Verordnung des Kaiſers Antoninus Pius. Jedoch ſey dieß nicht ſo zu verſtehen, als ob ſie immer und ſchlechterdings entſchuldige, ſondern nach Befinden der Umſtände, wenn nämlich die Tutel ſo mühſam und weitläuftig iſt, daß ſie wegen der Schwierigkeit der Rechnungsablegung, ohne die Schreibkunſt zu verſtehen, in dem vorliegenden Fall nicht wohl verwaltet werden könne. Ein ſolcher Unkundiger dürfte nicht einmal zur Vormundſchaft berufen werden, wenn er auch zu einer andern Geſchäftsverwaltung geſchickt ſeyn ſollte, weil es viel zu unſicher ſey, ſich auf ſein Gedächtniß zu verlaſſen, und zur Aufzeichnung der Ausgaben und Einnahmen ſich fremder Hülfe zu bedienen. Wäre hingegen das Vermö-

85) *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 8. J. de excusation. *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 8. *Emund* Merillius ad §. 8. J. de excusat. *Franc.* Brobus Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 8. eund. pag. 163. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 9. et. 10. (Vol. II. pag. 112. edit. Norimb. 1805.) und *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Commentat. in Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 8. Not. a. pag. 219.

gen eines Pupillen gering, und die Vormundschaft unbedeutend, so daß sie im Nothfall auch wohl ein Schreibensunkundiger verwalten kann, so finde blos aus dem Gründe einer Unkunde im Schreiben keine Entschuldigung Statt. Dieß scheint mir die richtigste Erklärung zu seyn. So steht auch Justinian mit Paulus im vollkommenen Einklange [86].

II. Auch der Stiefvater ist kein schlechterdings unzuläßiger Vormund [87]. Dieses ergiebt sich aus folgenden Gesetzstellen.

L. 32. §. 1. *D. de adopt.* Papinianus *Lib.* XXXI. *Quaestionum.* Imperator Titus Antoninus rescripsit, privignum suum *tutori* adoptare permittendum.

L. ult. Cod. de contrario iudicio tutelae. Impp. Diocletian. *et* Maxim. Si pater tuus, *quem pri-*

86) Man vergleiche noch *Franc.* Balduini Comm. in Instit. ad §. 8. J. de excusat. pag. 143. *Franc.* Hotomani Commentar. ad Tit. Institut. de excusat. tutor. et curator. Nr. III. pag. 95. Lycklama *a* Nyeholt Membranar. Vol. I. Lib. I. Eccl. 13. Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 1. Nr. XIX. Not. b. pag. 128. Thibaut System des Pand. Rechts. I. B. §. 501. a. E.

87) *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VI. Cap. 29. *Pet.* Müller ad *Struvii* Syntag. iur. civ. P. II. Exercit XXXI. Th. 30. Not. *γ.* pag. 538. *Henr.* Hahn Observata th. pract. ad *Wesenbecium.* Lib. XXVI. Tit. 1. Verb. *Qui vitricus sit pupillo.* pag. 224. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Memb. III. §. 10. besonders aber *Ern. Martin.* Chladenii Dissert. de vitrico tutore privigni minus suspecto. *Vitembergae* 1761. 4.

vigni sui tutelam administrasse proponis, testamento recte facto, pupillo etiam quondam suo herede instituto, decessit: quoniam non nisi pro portione hereditaria tutelae petitionem confusione constet extingui, pro residua parte succedentem patri, tutelae te convenit apud competentem iudicem reddere rationem, qui secundum bonam fidem eorum etiam, quae patrem tuum in rem eius erogasse dicis, admissa compensatione, reliqui si quid amplius debetur, faciet condemnationem.

L. 2. C. de interdicto matrim. Imp. Alexander. Mater pupillae cum tutore filiae suae — nuptias contrahere non prohibetur.

Mehrere Rechtsgelehrten [88]) glauben zwar, daß dieſes nur das ältere Recht ſey, welches den Stiefvater zulaſſe. Dieſes ſey aber durch das neuere Recht aufgehoben worden, nach welchem die Mutter nur unter der Bedingung zur Vormundſchaft ihrer unmündigen Kinder gelaſſen werden ſoll, wenn ſie der zweyten Ehe entſagt, und die Vormundſchaft verlieren ſoll, wenn ſie zur andern Ehe ſchreitet [89]).

88) *Diodor.* Tuldenus Commentar. ad Cod. Iustin. (*Lovanii* 1651. f.) Lib. V. Tit. 35. nr. 6. pag. 343. *Matth.* Wesenbecius Comm. in Pand. iuris civ. Lib. XXVI. Tit. 1. nr. 6. pag. 814. *Reinh.* Bachov Echt Not. et Animadvers. ad Hieron. Treutlerum. Vol. II. Part. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. B. ad verb. *adeo ut vitricum excludat.* pag. 419. *Just. Henn.* Boehmer Consultation. et Decision. iuris. Tom. III. P. II. Resp. 436. Qu. 8. pag. 792. und *Jo. Henr. de* Berger Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 10. Not. 1.

89) *L. 1. Cod. Ubi pupillus educari deb.* (V. 49.) *L. 2. C. Quando mulier tut. officio fungi pot.* (V. 35.) *Nov. XXII. cap.* 38.

Kann also die Mutter selbst, wegen des Stiefvaters, nicht mehr Vormünderin bleiben, so könne der Stiefvater selbst noch viel weniger zur Vormundschaft gelassen werden. Ueberhaupt traue man auch dem Stiefvater die gute Gesinnung gegen die Stiefkinder gar nicht zu [90]), die bey einem Vormund vorausgesetzt werde, welcher Vaters-Stelle vertreten soll, wenn nicht etwa der vom Vater den Kindern bestellte Vormund die Mutter derselben geheyrathet haben, oder der Stiefvater der nächste Verwandte, und also der gesetzliche Vormund der Kinder seyn sollte, und hiermit jener Verdacht beseitiget ist.

Allein man denke ja nicht, als ob die Gesetze, wenn sie der Mutter die Vormundschaft und Erziehung ihrer Kinder nur so lange gestatten wollen, als sie nicht zur zweyten Ehe schreitet, deswegen die Gesinnung des Stiefvaters gegen die Stiefkinder für verdächtig hielten. Wäre dieß, so hätten sie ja wohl die Vormundschaft des Stiefvaters nie genehmigen können, für welche doch die oben angeführten Gesetze sprechen. Nein, die Gesetze trauen nur

90) Carpzov in Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 25. nr. 4. sagt unter andern: Vitricus in dubio praesumitur odio habere privignos; und an einem andern Orte P. II. Const. XI. Def. 42. nr. 5. Subest periculum, ne vitae privigni insidietur vitricus. Allein eine bessere Meinung hegt *Sim. a* Groenewegen Tract. de Legibus abrogatis et inusitatis. P. III. ad Tit. Cod. Ubi pupilli educari debeant. nr. 2. pag. 211. Haec autem tam tetrica atque funesta praesumtio, quod vitrici privignos suos odio prosequi, eorumque vitae insidiari velle credantur, licet forte iure merito cadat in Italos, a morum nostrorum simplicitate atque integritate omnino aliena est, ideoque hodie pupilli passim educantur apud matrem, quamvis ad secunda vota transierit.

der Mutter nicht, die ihre Hand und Herz einem neuen Gatten geschenkt hat. Von dieser befürchten sie blos, ihre Gesinnungen gegen die Kinder möchten durch Eintretung eines Stiefvaters sich ändern, sie werde die Liebe, die sie vorher gegen ihre Kinder gehabt hat, nun ihrem zweyten Manne zum Opfer bringen, und hiermit die Sorge für ihre Kinder erster Ehe vernachlässigen, zumal wenn die neue Ehe auch mit Kindern gesegnet seyn sollte [91]). Ueberdem aber zeigt sich auch in jenen gesetzlichen Verordnungen, welche der Mutter nur unter der Bedingung, wenn sie nicht zur andern Ehe schreitet, die Vormundschaft über ihre Kinder einräumen, eine unverkennbare Abneigung der Gesetze gegen die zweyte Ehe. Daß sie aber gegen den Stiefvater selbst, als solchen, nichts haben, beweisen nicht nur die angeführten Gesetze, die von der Vormundschaft des Stiefvaters sprechen, sondern man sieht es auch noch mehr daraus, weil sie sogar von einem paterno affectu des Stiefvaters gegen die Stiefkinder reden, wie aus einer Verordnung des Kaisers Gordian [92]) erhellet. Der Schluß, den man also von der mater binuba auf den vitricus macht, ist offenbar unrichtig. Der Name macht den Stiefvater nicht verdächtig, sondern ein *suspectus tutor* ist, wie Ulpian [93]) sagt, nur derjenige, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Der Stiefvater kann

91) Hierauf geht, wenn K. Constantin in der *L.* 22. *Cod. de administr. tutor.* sagt, er habe die Minderjährigen contra feminas immoderatas atque intemperantes in seinen Schutz nehmen müssen, *quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.*

92) *L.* 15. *Cod. de negot. gestis.* (II. 19.)

93) *L.* 8. *D. de suspect. tutor.*

aber ein achtbarer Mann seyn, der gegen die Stiefkinder die besten Gesinnungen hegt. Wie könnte hier der Richter einiges Bedenken finden, einen solchen Stiefvater zum Vormund seines Stiefkindes zu ernennen? Ist freylich der Stiefvater ein Mann, der wegen seines Lebenswandels im übeln Rufe steht, oder seine eigennützige schlechte Gesinnung gegen die Stiefkinder schon bey Gelegenheiten bewiesen hat, so wäre es bedenklich, einen solchen Stiefvater zum Vormund zu bestellen. Dann schließt ihn aber nicht die Eigenschaft eines Stiefvaters von der Vormundschaft aus, sondern seine Aufführung, sein schlechter Character macht ihn verdächtig. So harmonirt Theorie und Praxis [94].

94) Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 330. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 24. Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXXI. §. 30. *Jo. Frid.* Olearius in Diss. de affectu vitrici paterno. *Lipsiae* 1718. *Lüd.* Mencken Synops. Pand. h. t. §. 3. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 501. a E. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 733. Nach dem allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 139. sind jedoch Stiefväter in der Regel nicht, wohl aber in besondern Fällen, wo nach richterlichem Ermessen ein erheblicher Vortheil für die Pflegbefohlnen davon zu erwarten ist, ihren Stiefkindern zu Vormündern zu bestellen. Auch das Bayerische Landrecht, (Codex Maximilian. Bavaricus civil.) 1. Th. Kap. 7. §. 3. schließt Stiefväter aus, wofern nicht eine besonders erhebliche und von der Obrigkeit gutbefundene Ursache deren Zulaßung rechtfertiget, wobey denn vorzüglich auf die Eigenschaften der Person, und deren sittliches Verhalten gesehen wird. S. Kreittmayers Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 3. Nr. 6. S. 398. Die Churfächsi-

§. 1302.

In wiefern gilt die Regel: *Tutorem habenti tutor non datur, sed curator?*

Zuweilen wird einem Pupillen, der ſchon einen Tutor hat, ein anderer Vormund gegeben. Hier entſteht nun die Frage, wenn ein ſolcher Vormund, Tutor heiße, wenn Curator[95])? Das Römiſche Recht giebt zwar die Re-

ſche Vormundſchaftsordnung Kap. 8. §. 1. läßt hingegen Stiefväter zur Vormundſchaft ihrer Stiefkinder gar nicht zu. S. Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 204. Not. h.

95) Man vergleiche über dieſe Frage Cujacius in Not. ad Institut. ad §. 5. de Curator. Id. in Comm. ad Tit. Pand. de excusationib. in L. 8. — 12. Idem in Paratitl. in Libr. V. Tit. 36. Cod. et in Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 36. Lib. V. *in quibus casibus tutorem vel curatorum habenti tutor vel curator detur.* Giphanius Explanat. difficilior. ac celebrior. Legg. Cod. ad L. 4. eiusd. Tit. p. 461. sqq. Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. II. §. 11. et Cap. 18. §. 19 — 21. (Vol. II. pag. 17. et pag. 230. sq. edit. noviss. *Norimb.*) *Reinh.* Bachov Echt Not. et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. Disp. IX. Th. 1. Litt. C. pag. 462 — 464. *Ulr.* Huber Digression. Iustinian. Lib. III. cap. 19. pag. 229 — 231. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 10. §. 1. D. de legitim. tutor. §. 6. pag. 551. *Arn.* Vinnius, *Franc.* Balduinus, *Franc.* Hotomanus, *Jan. a* Costa, und *Ev.* Otto in Commentar. ad §. 5. J. de curator. Albr. Schweppe von der Curatel über Pupillen. (in dem juriſt. Magazin 1. B. 1. Heft. (Altona 1818. 8.) Nr. VIII. S. 110 — 115. und deſſelben Röm. Rechtsgeſchichte und Rechtsalterthümer §. 429 — 431. S. 618 — 624. Egid. von Löhr von der Cura über Unmündige, (im neuen Magazin

gel: *Tutorem habenti tutor dari non potest* [96]); diese Regel hat aber so viele Ausnahmen, daß es schwer ist, streng zu bestimmen, wenn einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, ein Tutor, und wenn ihm ein Curator gegeben werde. Einer der wichtigsten Stellen ist wohl die in den Institutionen *Lib. I. Tit.* 23. §. 5. *de Curatoribus*, welche folgendermassen lautet:

Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus eorum tutor non sit idoneus: *quia habenti tutorem tutor dari non potest.* Item si testamento datus tutor, vel a Praetore, vel a Praeside idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adiungi. Item in locum tutorum [97]), qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

Nach dieser Stelle erhält also, wegen der angegebenen Regel, der Pupill einen Curator, 1) wenn der gesetzliche Vormund desselben zur Verwaltung untüchtig ist; 2) wenn der testamentarische oder obrigkeitlich bestellte Tutor zwar

für Rechtswissensch. und Gesetzgebung 1. B. (Gießen 1820.) oder 3. Bandes 4. Heft. Nr. XIII. S. 433—454.) und *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 332. pag. 201. (edit. sec. emend. *Halae* 1827. 8.)

96) §. 5. *J. de Curator. L.* 27. *pr. de testam. tut. L.* 10. *D. de tutorib. et curator. datis. L.* 9. *Cod. Qui petant tutores.* (V. 31.) *L.* 4. *Cod. In quibus casib. tutor. vel curatorem habenti tutor vel curat. dari potest.* (V. 36.)

97) Haloander, Russard und Charondas lesen Item *loco* tutorum. Biener in loco tutorum.

untauglich ist, sich aber doch bey der Verwaltung der Geschäfte des Mündels keines Betrugs schuldig gemacht hat, und 3) wenn der Tutor nicht auf immer, sondern nur eine Zeitlang excusirt wird. Theophilus hat zur Erläuterung dieser Stelle nichts hinzugefügt, sondern sie beynahe wörtlich in seine Paraphrase übertragen; er hebt nur den ersten Satz noch mehr hervor, indem er sagt: Ideo enim alius tutor non datur, sed curator, quia regula est, quae dicit: *tutorem habenti tutor dari non potest.* Soviel ist indessen gewiß, daß in dieser Stelle nicht alle Fälle, wo die Obrigkeit dem Unmündigen einen Curator bestellen kann, angegeben sind. Dahin gehören noch folgende: a) wenn der Vormund wegen des Anwachsens der Geschäfte dieselben allein zu besorgen nicht mehr im Stande ist, oder wenn wegen der großen Entlegenheit einiger Güter des Pupillen eine besondere Aufsicht in Ansehung derselben nöthig ist, weil diese entfernte Lage dem Tutor, der für das ganze Vermögen bestellt worden, die Verwaltung dieser Güter allzu beschwerlich ja unmöglich macht [98]). b) Wenn ein Geschäft zwischen dem Tutor und dem Pupillen selbst zu verhandeln ist; z. B. es entsteht zwischen beyden ein Prozeß [99]); oder c) wenn Ansprüche unter ihnen entstehen, welche zu reguliren sind [100]). d) Wenn der Tutor eine Excusation vorschützt, und diese einer gerichtlichen Erörterung bedarf [1]). Und wenn auch

98) *L.* 9. §. 9. *L.* 39. §. 7. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 3 *et* 5. *Cod. In quib. casib. tut. vel curat. habenti tut. vel curat. dar. pot. L.* 11. *C. de Excusat.*

99) §. 3. *J. de auctorit. tutor.* (I. 21.)

100) *Nov. LXXII. cap.* 2.

1) *L.* 17. §. 1. *D. de appellat.*

in dieſen Fällen der beygeordnete Vormund Curator genennt wird; ſo kann doch in mehreren derſelben ausnahmsweiſe auch eben ſowohl ein Tutor gegeben werden. Es läßt ſich darüber keine beſtimmte Regel angeben. Nur dann, wenn der bisherige Vormund blos von der Verwaltung entfernt wird, ohne daß er aufhören ſoll, wenigſtens den Namen nach Vormund zu ſeyn, oder wenn zwiſchen dem Vormund und Pupillen ein Proceß entſteht, und in dieſen Fällen ein Vormund beyzuordnen iſt, wird derſelbe nicht Tutor, ſondern immer Curator genennt, ſo wie hingegen, wenn ein Vormund zu einem ſolchen Geſchäft verordnet wird, welches nicht durch den Vormund allein verrichtet werden kann, ſondern der Pupill ſelbſt vornehmen muß, und alſo eine auctoritas nothwendig iſt, ein ſolcher Vormund nie Curator, ſondern Tutor heißt. Es läßt ſich dieſes auch ſehr leicht erklären. Denn 1) iſt ein Tutor als ſuspect removirt worden; ſo hört er durch die Entfernung allein nicht auf Vormund zu ſeyn, ſondern er verliert erſt durch die Anſtellung eines neuen Vormundes die Tutel, ſo wie derjenige, welcher ſich aus rechtmäſſiger Urſache excuſirt hat. Gajus [2]) ſagt, es ſey dieſes durch ein Senatusconſultum eingeführt worden. Soll alſo der als ſuspect removirte Vormund aus Schonung nicht aufhören Tutor zu ſeyn, ſo darf an ſeine Stelle kein neuer Tutor geſetzt werden. Es iſt alſo ſehr natürlich, daß der ihm beygeord-

2) *Institution. Commentar. I.* §. 182. Praeterea Senatus censuit, ut *si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit*, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, *quo dato prior tutor amittit tutelam.*

nete Vormund kein anderer, als ein Curator seyn könne. Dieses ergiebt sich auch aus folgenden Gesetzstellen.

L. 9. D. de suspect. tutor. Modestinus *libro singulari de Eurematicis.* Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, *et quis eorum a tutela removendus videatur:* optimum factum est, *curatorem ei potius adiungi,* quam eundem cum notata fide et existimatione [3]) removeri.

L. 9. §. 5. D. de tutelae et rationib. distrah. Ulpianus *libro XXV. ad Edictum.* Si tutori *curator* sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere, *quia tutor maneret.*

Hiermit stimmt nun auch vollkommen zusammen, wenn Justinian sagt §. 2. *I. de suspect. tutor.*

Et quidem omnes tutores (*suspecti fieri*) possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores: quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc erit idem dicendum: dummodo meminerimus, famae patroni esse parcendum, *licet ut suspectus remotus fuerit.*

Und es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, die letzten Worte für einen unächten Zusatz irgend eines unverständigen Auslegers zu halten, wofür sie Heinrich Brenkman [4]) halten will. Ulpian, aus dessen *libro*

3) Einige alte Ausgaben, z. B. Baudoza und Merlinus lesen cum nota fidei, et existimationis. Haloander, und Beck notata fide mit Hinweglassung des cum.

4) De Eurematicis Diatriba, sive in *Herennii Modestini*

XXXV. *ad Edictum* dieſe Stelle genommen iſt, hat freylich dieſe letzten Worte nicht, wie aus *L.* 1. §. 5. *de suspectis tutor.* erhellet. Daß ſie aber doch ächt ſind, beweiſt die Paraphraſe des Theophilus, in welcher ſie ſo lauten: ἐι καὶ ὡς σούσπεκτος ἀποκινηθῇ. Es iſt auch nach den angeführten Geſetzen kein Widerſpruch, daß ein Tutor als ſuspect angeklagt und removirt werden kann, und doch, um ihn zu ſchonen, wenigſtens den Namen eines Tutors behält.

2) Hatte zwiſchen dem Tutor und ſeinem Pupillen ein Proceß Statt, ſo wurde ehemals, als noch die legis actiones im Gebrauche waren, ein anderer Tutor vom Praetor urbanus beſtellt, welcher daher *praetorius* oder *praetorianus* hieß [5]), vielleicht weil es die älteſte der nur für einzelne Zwecke obrigkeitlich angeordneten Tutelen war, ehe durch die Lex Atilia eine beſtändige Dativ-Tutel für alle Angelegenheiten der eines Tutors bedürfenden Perſonen eingeführt wurde [6]). Denn der ordentliche Vormund war hier ſelbſt Parthey, er konnte alſo in einer ihn ſelbſt

libr. singul. περι Ευρηματικων Commentar. (*Lugd. Bat.* 1706. 8.) Cap. VI. Nr. V. pag. 97. sq.

5) Gajus *Inst. Commentar. I.* §. 184. Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat: nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore (*suo ordine*) actio perageretur: qui dicebatur *praetorius tutor*, quia a Praetore urbano dabatur. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 24. nennt ihn *tutor praetorianus.* S. von Brockdorff Inſtitutionen Commentare des Gajus. I. B. §. 184. S. 656. ff.

6) S. Ed. Gans Scholien zum Gajus. S. 203.

betreffenden Rechtsangelegenheit nicht als Beystand seines Mündels auftreten. Durch einen Stellvertreter konnte auch der Proceß nicht geführt werden, weil die Rechtsregel im Wege war: *Nemo alieno nomine lege agere potest* [7]). Handlungen, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind, mußte jeder für sich in Person verrichten [8]). Nur für wenige Fälle waren gerichtliche Stellvertreter ausnahmsweise zugelassen [9]). Wie aber nach Aufhebung der alten Gerichtsverfassung auch für Proceße Stellvertreter zugelassen wurden; so fiel nun der tutor praetorius weg [10]). An seiner Statt

7) *L.* 123. *D. de Reg. iur.* Das lege agere bezieht sich jedoch nicht blos auf den Proceß, sondern auch auf aussergerichtliche Geschäfte, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind. Man sehe hier vorzüglich Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 5. Not. 56. S. 35. f. der 2. Aufl.

8) *L.* 18. *et* 19. *D. de auct. tut.* Theophilus Paraphr. gr. ad §. 3. I. eod. tit.

9) Gajus *Institut. Commentar. IV.* §. 82. *Pr. J. de iis, per quos agere poss.* S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. §. 9. (im Magazin für Wissenschaft und Gesetzgebung. 3. Band. Nr. I. S. 64—66.)

10) Gajus *Inst. Lib. I.* §. 184. Post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi tutoris (*quoque sublatam esse; sed extra ordinem adhuc*) in usu est, si legitimo iudicio agatur. Was hier mit Cursivschrift eingeschaltet ist, scheint in dieser lückenhaften Stelle, wo nicht gerade mit diesen Worten, doch vielleicht dem Zusammenhange der Rede und der räthselhaften Zusammenfügung der Buchstaben nach, gestanden zu haben. S. von Brockdorff Institutionen-Commentare des

wird also jetzt immer ein Curator gegeben, wie die Institutionen §. 3. *de auctoritate tutorum* lehren.

Si inter tutorem pupillumque iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non *praetorius tutor*, ut olim, consti-

Gaius. I. Band. I. B. §. 184. Not. 4. S. 659. An einem andern Orte *Lib. IV.* §. 30. sagt Gajus noch bestimmter: Sed *istae omnes legis actiones* paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem *Aebutiam* et duas *Julias* sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus. Nach der ersten lückenhaften Stelle des Gajus scheint es indessen, daß doch noch zu den Zeiten dieses Rechtsgelehrten wenigstens in einem Falle die Bestellung eines Tutors im Gebrauche geblieben sey. Es erscheint aber auch zugleich hieraus, daß zwischen legis actio und legitimum iudicium ein Unterschied gewesen sey, wie auch aus Gajus *Commentar. IV.* §. 11. *sqq. et* §. 103. *et* 104. erhellet. Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 216. und S. 482. und *Ed.* Dupont Disquisitiones in Commentar. IV. Institution. Gaji (*Lugd. Batav.* 1822.) pag. 6. sq. et pag. 145. Es ist daher wohl eine unrichtige Erklärung, wenn *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta (*Lugd. Bat.* 1774. 4.) pag. 62. die Stelle Tit. XI. §. 24. Moribus tutor datur mulieri pupillove, *qui cum tutore suo lege*, aut *legitimo iudicio agere vult*, ut auctore eo agat etc., so verstehen will, daß das *aut* hier für id est zu nehmen sey. Er hält auch die vom Ulpian angegebene Benennung praetorianus tutor für einen Fehler des Abschreibers. Von Ulpians Hand sey *praetorius*.

tuitur, sed *curator* in locum eius datur: quo interveniente, iudicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit [11]).

Hierauf geht auch die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 5. C. de in litem dando tutore vel curatore, (V. 44.) Sive ex testamento, sive ex iure legitimo, fratris tui filiorum tutelae onus ad te perveniat: vereri non debes de his quaestionibus, quas adversus fratrem tuum quondam tibi fuisse dicis: cum si qua emerserit lis, procuratore dato, et illis *curatore ad litem* constituto, et solemnitati iuris, ubi tutor exigitur, et indemnitati utriusque prospici possit.

11) Diese Veränderung enthält den Grund der Interpolation vieler Stellen des Röm. Gesetzbuches über diesen Gegenstand. Z. B. *L.* 3. §. 2—4. *L.* 4. *et* 5. *D. de tutelis. L.* 24. *D. de testam. tut. L.* 9. §. 4. *et* 5. *D. de tut. et rat. distrah. L.* 1. *et* 2. *C. De in litem dando tutore vel curatore.* S. *Ant.* Schulting ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XI. §. 24. Not. 73. (in *Jurispr. Antejust.* pag. 602.) *Theod.* Marcilius ad §. 4. J. Qui testam. tutores dari poss. (in *Jan. a* Costa Comment. ad Inst. pag. 92.) und *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 27. D. de tutor. et curat. dat. §. 3. pag. 554. Anderer Meinung ist zwar Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 13. Allein man sehe von Löhr über die röm. Begriffe von Tütel und Curatel. §. 9. (in dem angeführten Magazin 3. B. Nr. I. S. 66. f. Not. 2.) und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Bandes 2. Abtheil. §. 234. S. 877.

Endlich ä) wenn das Geschäft des Pupillen, welches die Bestellung eines ausserordentlichen Vormundes erfordert, ein solches ist, wobey eine Förmlichkeit des Civilrechts eintritt, wo also der Pupill selbst handeln, und durch Auctorität ergänzt werden muß; so kann hier darum kein Curator sondern nur ein Tutor bestellt werden, weil kein Curator auctoritas interponiren kann, wie folgende Gesetzstellen außer Zweifel setzen.

L. 19. *D. de auct. et cons. tutor. et curator.* Paulus *libro IX. Responsor.* Curatorem etiam impuberi dari posse: sed ad ea, *quae solemnitatem iuris desiderant*, explicanda, *tutore auctore* opus esse.

L. 17. §. 1. *D. de appellat.* Modestinus *libro VIII. Regularum.* Tutor pupillo datus, si provocet, interim pupillo *curator* dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, *tutor* ei necessario dabitur, *quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.*

Daß übrigens in den meisten Fällen, wo nach der Regel: tutorem habenti tutor non datur, ein Curator bestellt wird, auch eben so gut ausnahmsweise ein Tutor gegeben werden könne, erhellet aus folgenden Beyspielen.

1) Wenn der Vormund noch zur Zeit wegen eines Hinderniſſes sein Amt nicht antreten kann. Z. B. wegen Mangels des erforderlichen Alters. Hieher gehört die griechische Stelle des Modestinus *L.* 10. §. 7. *D. de excusation.*

Ε'ὰν ἀπελεύθερος δοθῇ ἀφήλιξ ὑπό πάτρωνος ἐπίτροπος τοῖς τέκνοις ἀυτοῦ, ἤ καὶ ἕτερος οἷος δήποτε

ἐλάττων τῶν εἴκοσι πέντε ἐνιαυτῶν· ἕως μὲν ἀφήλιξ ἦ, οὐκ ἐνοχληθήσεται. ἐν τοσούτῳ δὲ ἕτερος εἰς τόπον αὐτοῦ χειροτονηθήσεται κηδεμών. Ὅμοιός ἐστιν τούτῳ καὶ ὁ νόμιμος ἐπίτροπος, ἐὰν ἀφήλιξ ὢν τύχῃ· καὶ γὰρ καὶ εἰς τὸν τόπον τούτου κηδεμὼν ἐν τῷ τεως δοθήσεται.

Das heißt nach der richtigern Ueberſetzung des Anton Auguſtinus[12]): Si minor libertus a patrono tutor liberis suis dabitur, vel etiam alius, qui minor viginti annis sit, dum minor est, non gravatur: *interim tamen alius* CURATOR *creabitur.* Similiter si legitimus tutor minor sit: *namque in huius quoque locum interea* CURATOR *dabitur.* Das hier gebrauchte Wort κηδεμων bezeichnet aber eben ſowohl den Tutor wie den Curator[13]).

Eben ſo, wenn ein Tutor im Teſtamente unter einer Bedingung ernannt worden, und dieſe noch nicht erfüllt worden iſt.

L. 11. *pr. D. de testam. tut.* ULPIANUS *libro XXXVII. ad Sabinum.* Si quis *sub conditione* vel *ex die* tutorem dederit, *medio tempore alius* TUTOR *dandus est*, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.

Hierher gehört auch der Fall, wenn der Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten, und der Vater das unmündige Kind enterbt hat.

12) Ad Modestinum, in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1593.

13) S. REITZ Glossar. Theophilin. adj. Paraphr. graec. Institut. Tom. II. pag. 1276.

L. 10. *D. de testam. tut.* Ulpianus *libro trigesimo sexto ad Sabinum.* Si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est, alium tutorem posse dari: quasi nondum sit, nec speretur.

Man mag nun die gemeine Lesart beybehalten, oder mit einigen [14]) statt nec speretur, richtiger sed speretur lesen, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in den beyden letzteren Fällen, eben so gut, wie in jenem ersten, auch ein Curator bestellt werden könne [15]).

2) Wenn der Vormund nur eine excusatio pro parte hat z. B. wegen der entfernten Lage gewisser Güter des Pupillen.

L. 21. §. 2. 3. *et* 4. *D. de excusation.* Marcianus *Libro secundo Institutionum.* Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: *et ideo illarum rerum dabunt* tuto-

14) S. Reitz in Observation. Miscellaneis Vol. X. p. 375. Püttmann Opuscul. iurid. ex observation. miscellan. Batavis in unum Volum. collect. (*Halae*, 1782. 8.) pag. 157. Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 4. Nr. XIV. Not. d. pag. 100. und Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad. Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. E. p. 396. Man vergleiche übrigens über die L. 10. *Reinh.* Bachovius Not. et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. Verb. *Sed quia* pag. 469. und besonders *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 27. D. de tutor. et curator. dat. §. 2. pag. 553.

15) S. von Löhr Magazin 3. B. Nr. XIII. S. 435. Not. 2.

RES *in provincia Praesides eius.* — Nec Senatores ultra centesimum lapidem urbis tutelam gerere coguntur. — *Habenti ergo tutorem tutor datur: sed aliarum rerum, non earundem datur.*

In den letzten Worten wird nun ganz deutlich gesagt, daß demjenigen, der schon einen Tutor hat, noch ein anderer Tutor gegeben werden könne, nämlich für verschiedene Gegenstände[16]). Daß aber in diesem Falle auch eben sowohl ein Curator gegeben werden könne, ist schon oben[17]) bemerkt worden.

3) Wenn der Vormund nur auf eine Zeit excusirt ist. Z. B. wegen Krankheit, oder Wahnsinn. Hier sagt Paulus *libro VIII. ad Sabinum*[18]): daß in locum furiosi tutoris ein anderer Tutor gegeben werde. Modestin aber *libro III. Excusationum*[19]) nennt hier den Vormund Curator. Furor autem *non in totum* excusat, sed efficit, *ut* CURATOR *interim detur.* Und eben derselbe sagt in der *L.* 10. §. 8. *D. de excusat.*

Ἐὰν τις οὕτως νοσήσῃ, ὡς δεῖν αὐτὸν μὴ παντάπασιν ἀφεθῆναι ἐπιτροπῆς, εἰς τὸν τόπον αὐτοῦ κουράτωρ δίδοται· ῥαίσας δὲ πάλιν οὗτος ἀναλήψεται τὴν ἐπιτροπήν· εἰ δὲ καί τις εἰς μανίαν ἐμπέσῃ, ὅμοιος ἐστι τούτῳ.

16) Man vergleiche auch *L.* 39. §. 8. *D. de administr. et peric. tutor.*

17) S. die Note 98. S. 127.

18) *L.* 17. *D. de tut.* S. von Löhr a. a. O. S. 449. Not. 1.

19) *L.* 12. *pr. D. de excusat.*

Oder nach Anton Augustins lateinischer Interpretation [20]: *Si quis non ita aegrotet, ut oporteat tutela omnino vacare, in eius locum* CURATOR *datur. Postea vero quam convaluerit, tutelam suscipiet: cui similis est, qui in furorem inciderit.*

Hierher gehört auch Besorgung öffentlicher Geschäfte, weshalb der Tutor eine Zeitlang abwesend ist. Nach einigen Gesetzstellen wird hier an die Stelle des Abwesenden ein anderer Tutor bestellt.

L. 19. *D. de tut.* PAULUS *libro X. Responsorum.* Quaesitum est, an hi, qui *in locum absentis reipublicae causa* TUTORES dati sunt, mortuo illo TUTORES perseverent? an alii petendi essent? PAULUS respondit, eos, qui *in locum absentis* dati sunt, non reverso eo, in eadem causa perseverare usque ad tempus pubertatis.

L. 3. §. 10. *D. de suspect. tutor.* ULPIAN. *libro XXIV. ad Edictum.* Si quis abfuturus reipublicae causa desideravit in locum suum constitui alium *tutorem*, an reversus ex ante gesto suspectus postulari possit? Et quia potest ex priore gestu utili actione conveniri, cessabit postulatio.

Nach anderen Gesetzstellen hingegen tritt ein Curator ein, während der Tutor abwesend ist.

§. 2. *J. de excusat.* Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde *Reipublicae* causa abesse coeperint, a tutela vel cura excusantur, *quatenus Reipublicae causa absunt: et interea* CURATOR *loco eorum datur.*

20) In *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1594.

L. 15. *D. de tutor. et curat. dat.* PAULUS *libro II. ad Edictum.* In omnem rem CURATOR dandus est *in eius tutoris locum, qui Reipublicae causa abfuit.*

L. 16. *D. eod.* IDEM *libro LXXIII. ad Edictum.* Nec ille desinit tutor esse. Quod et in omnibus, *qui ad tempus excusantur*, iuris est.

§. 1302. a.

Einige besondere Ausnahmen der Regel: *Tutorem habenti non datur tutor.* Die *L.* 26. §. 2. *L.* 27. *pr. D. de testam. tut.* enthalten keine Ausnahme.

Zu den besonderen Ausnahmen der angeführten Regel gehören noch folgende.

1) Wenn ein Pupill mehrere Tutoren hat, und einer von denselben als suspect removirt worden ist, oder sich aus einer rechtmäßigen Ursache für immer excusirt hat, oder gestorben, oder relegirt worden ist; so kann an seine Stelle ein anderer Tutor von der Obrigkeit gegeben werden.

L. 11. §. 4. *D. de testam. tut.* ULPIAN. *Libro XXXVII. ad Sabinum.* Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, *qui decessit*, vel *in civitate esse desiit*, poterit dari alius.

L. 4. *Cod. In quibus casibus tutorem vel curator. habenti tutor vel curator dari potest.* Impp. VALERIANUS et GALLIENUS. Licet *tutorem habenti tutor dari non potest*, tamen certis ex causis *alius idoneus* substitui sententia competentis iudicis solet *in locum suspecti, qui convictus aut remotus est,*

et in locum excusati, vel defuncti, vel relegati tutoris [21]).

2) Wenn auch nur ein Vormund vorhanden, und dieser relegirt worden ist, so kann an die Stelle desselben ein anderer Tutor ernannt werden [22]). Die Ausnahme ist hier außer Zweifel, weil die Tutel durch die Relegation nicht aufhört [23]).

L. 3. C. Qui petant tutores vel curatores. (V. 31.) Imp. Antoninus. In locum tutoris defuncti, vel *in perpetuum relegati, alium dari* tutorem filiis tuis idoneum ex eadem provincia a iudice competente postula: qui secundum officium suum utilitatibus eorum providebit.

Es kann aber auch in diesem Falle eben so gut ein Curator bestellt werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 28. §. 2. D. de Excusat. Papinianus *lib. V. Responsorum.* Tutorem *ad tempus exulare iussum* excusare non oportet: sed per tempus exilii curator in locum ipsius debet dari.

L. 14. §. 3. D. de solut. Ulpianus *lib.* XXX. *ad Sabinum.* Quid ergo, si ei solvit, in cuius locum curator erat constituendus, utputa *relegato in perpetuum, vel ad tempus?* Dico, si ante solvit, quam substitueretur *curator,* oportere liberari.

21) S. von Löhr a. a. O. S. 445.

22) S. *Nicol.* Antonius de Exilio s. de exilii poena. Lib. II. cap. 3. in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 54. sqq.)

23) *L.* 32. §. *ult. D. de administr. et peric. tutor. L.* 7. §. 4. *L.* 18. *D. de Interd. et Relegat.* S. Antonius c. l. Cap. 13. pag. 82.

Man rechnet hierher auch noch

3) den Fall, wenn zur Anfechtung des Teſtaments, worin der Pupill enterbt worden iſt, der in demſelben Teſtamente ernannte Tutor von der Obrigkeit beſtätiget, und dadurch der geſetzliche Vormund ausgeſchloſſen wird[24]). Von dieſem Falle handeln folgende Geſetzſtellen.

L. 26. §. 2. *D. de testam. tut.* Papinianus *libro IV. Responsorum.* Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exheredato filio, cui[25])

24) S. von Löhr Magazin 3. B. Nr. XIII. S. 442. ff.

25) Haloander ließt hier: *quem ei* tutorem pater dedit. Eben ſo Baudoza. Dieſe Lesart hält Herr geh. Reg. Rath von Löhr a. a. O. S. 442. Not. 1. für die alleinrichtige. Die florentiniſche Lesart: cui aber, welche die meiſten Ausgaben, auch die neueſte von Beck, haben, ſoll offenbar falſch ſeyn. Es iſt ſchwer zu begreifen, warum? Die Worte: *eundem* a Praetore confirmari oportet, geben noch keinen Beweis, daß gerade *quem ei* vorausgehen müſſe. Haloander iſt nicht immer ein ſicherer Wegweiſer. Sehr treffend ſagt Menagius Amoenit. iur. civ. Cap. 8. Haloander, *vir licet undecumque doctus, et qui praeclara multa de iure scripsit, tot locos Pandectarum corrigendo corrupit, ut nescias, plusne obfuerit, quam profuerit iuris scientiae.* Noch weiter geht *Jo. Conr.* Rücker in Praefat. ad Diss. de civili et naturali temporis computat. in iure, wenn er pag. 4. ſagt: *Verum ad* Haloandrum *in constituenda fragmenti alicuius lectione tuto recurrere vix unquam possumus: cum enim quam plurima audacter nimis ex ingenio passim mutaverit, detraxerit, addiderit, dignoscere iam nulla ratione possumus, quae ipsi, quae vero antiquis codicibus, si forte quos adhibuit, debeantur.* Scävola hat den nämli-

tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet: eventus[26]) iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit.

L. 27. pr. D. eodem. Tryphoninus *libro XIV. Disputationum.* Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur, falsumve testamentum nomine pupilli dicatur: et si patruus exstet, legitimus tutor futurus ab intestato, quia[27]) *tutorem habenti tutor dari non potest:* nam

chen Fall in *L. 31. D. eodem*, wo der Vater seiner enterbten Tochter Vormünder im Testament bestellt hatte, und sagt auch: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem, ohne das *quos* vorhergegangen war. *Quem ei* mag wohl der Latinität nach eleganter gesagt seyn, allein diese Elegans entscheidet nicht gerade über die Richtigkeit der Lesart.

26) Rycerius Observation. iuris Rom. Cap. VIII. pag. 69. will hier oportet, et eventus etc. lesen, mit Hülfe der Gemination; aber ohne alle Nothwendigkeit, wie schon *Corn. Ant. van* Wachendorff in Specim. exhib. Observationes ad Leges quasdam ex iure civ. Cap. III. §. 2. Not. i. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 173. sq.) bemerkt hat.

27) Das *quia* will Herr geh. Reg. Rath von Löhr a. a. O. S. 442. Not. 2. mit dem Worte *quamquam* vertauschen, weil der Zusammenhang die gemeine Lesart völlig unmöglich mache. Die Nothwendigkeit und Natürlichkeit dieser Verbesserung seyen so augenscheinlich, daß es Zeitverderb seyn würde, sie besonders rechtfertigen zu wollen. Nach meiner geringen Einsicht scheint mir auch

commodius ipse, qui scriptura continetur, a Praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat.

Allein so weit ich diese beyden Stellen verstehe, enthalten sie nicht sowohl eine Ausnahme, als vielmehr eine Bestätigung der Regel. Der Vater hatte das unmündige Kind, welches noch in seiner Potestas war, enterbt, und demselben einen Vormund im Testamente bestellt. Das Kind will die Inofficiositäts-Querel anstellen. Es muß also hier vorausgesetzt werden, wie auch Cujaz[28]) mit Recht bemerkt, daß der Testamentserbe die Erbschaft angetreten habe, weil eher die Querela inofficiosi testamenti gar nicht Statt findet[29]). Nun war aber die Frage, wer soll bey diesem Proceß, als Tutor, des Kindes auctor seyn? der gesetzliche Vormund, oder der testamentarische? Von dem gesetzlichen konnte kaum die Frage seyn. Denn Ulpian[30]) sagt ja ausdrücklich: Sciendum est, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. Hier ist nun aber ein testamentarischer Vormund vorhanden, gegen dessen Bestellung von Seiten des Rechts gar nichts einzuwenden war[31]). Tryphonin nennt ihn

diese Emendation nicht nöthig zu seyn, wie im Text ausgeführt ist.

28) Commentar. in Lib. IV. Respons. Papiniani ad L. 27. §. ult. D. de testam. tut. (*Oper. postumor.* a Fabroto *editor.* pag. 182. seq.).

29) *L.* 8. §. 10. *D. de inoff. testam.*

30) *L.* 11. *D. de testam. tut.*

31) Die Gothofredischen Ausgaben lesen daher: cui tutorem pater *iure* dedit. Allein das Wort *iure* haben weder die florentinischen, noch die übrigen Ausgaben, und ist auch nicht nöthig.

ja auch in der folgenden Gesetzstelle ausdrücklich einen iustus tutor. Daß aber der Vater auch einem enterbten Kinde, welches noch in seiner Potestas ist, einen Vormund geben könne, gehört zu den allgemein anerkannten Rechtswahrheiten [32]). Ob nun wohl durch Antretung der Erbschaft die Tutel begründet war [33]); so konnte sich der testamentarische Tutor dennoch vermöge des väterlichen Testaments allein der Vormundschaft nicht unterziehen, weil das Testament, wegen der Enterbung des Mündels, angefochten werden sollte. Wie konnte hier der Tutor seine auctoritas interponiren? Denn gewann der Pupill den Proceß, so ging ja nach dem Rechte der Pandecten das ganze Testament mit allem, was darin verordnet war, und also auch die Anordnung der Vormundschaft, zu Grunde [34]). Es konnte aber auch der Proceß für den Pupillen verloren werden, und also das Testament gültig bleiben. Wegen dieses ungewissen Ausganges des Processes mußte zwar der testamentarische Tutor, so lange der Proceß nicht rechtskräftig entschieden war, als iustus tutor anerkannt werden;

32) *L.* 4. *L.* 10. §. 2. *in fin. de test. tut.* S. *Jo.* Altamirani et Valazquez Commentar. in libr. IV. Quaestionum Scaevolae Tr. IV. ad L. 31. D. de testam. tut. §. 2. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 423.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 2. §. *Hoc loco.* (*Operum* Tom. II. pag. 540.) und *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digg. ex Herenn. Modestini libris Differentiar. supersunt. Cap. 8. (in G. Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 71.)

33) *L.* 10. §. 2. *D. de testam. tut. L.* 45. §. 1. *D. de Excusat. L.* 6. *C. eodem.*

34) *L.* 28. *D. de inoff. testam.*

allein eben deswegen mußte auch dieser Tutor erst von der Obrigkeit confirmirt werden, um bey diesem Processe seine Auctorität interponiren zu können. Damit ist nun seinem Rechte keinesweges zu nahe geschehen. Denn alles kommt auf den Ausgang des Processes an, dieser muß entscheiden, ob er die Tutel (dieß heißt hier *auctoritas*, so wie auch der Tutor von den Alten [35]) *auctor* genennet wird) aus dem Testament des Vaters, oder durch das Decret der Obrigkeit erhalten habe, und ob er also für einen testamentarius oder dativus tutor zu halten sey.

Was hier Papinian von der Bestätigung des testamentarischen Vormundes sagt, um dem enterbten Kinde bey Anstellung der Inofficiositätsklage gegen das Testament beystehen zu können, wird auch, sagt Tryphonin, in anderen Fällen geschehen, wo das enterbte Kind die Gültigkeit des väterlichen Testaments noch sonst aus einem Grunde bestreitet, aus welchem die Intestaterbfolge eintritt, z. B. weil behauptet wird, es sey nato postumo ruptum, welchen Fall Scävola [36]) anführt, oder es sey ein falsum testamentum, welches Beyspiel Tryphonin hat. Auch hier muß der im Testament gegebene Vormund von der Obrigkeit bestätiget werden, sogar zu dem Zweck, daß er durch seine Auctorität die Anerkennung der Ungültigkeit des Testaments herbeyführe. Scävola sagt ausdrücklich:

Si pater exheredatae filiae tutores dederit, *et testamentum eius ruptum dicatur, nato postumo:* commodissimum est, EOSDEM *tutores* pupillae dari *ad petendam intestati hereditatem.*

35) S. oben §. 1298. a. S. 10.

36) *L.* 31. *D. de testam. tut.*

Auf den gesetzlichen Vormund konnte hier durchaus keine Rücksicht genommen werden, weil die testamentarische Tutel deferirt und begründet war, sobald der Erbe die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, und dieß muß allemal vorausgesetzt werden, wenn von der Anfechtung eines Testaments die Rede ist. Der gesetzliche Vormund konnte also auch hier gar nicht als berufen angesehen werden. Denn diesem wird nur dann die Tutel deferirt, wenn der Vater *intestatus* gestorben ist. INTESTATUS aber ist in Rücksicht auf Tutel, wie Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum* [37]) sagt, nur derjenige, der entweder gar kein Testament gemacht hat, oder zwar ein Testament gemacht, aber darin den Kindern keinen Vormund bestellt hat. Ist also ein Testament vorhanden, aus welchem die Erbschaft angetreten ist, so ist der gesetzliche Vormund nie berufen, sondern der in dem Testament gegebene Vormund muß, wenn auch gleich das Testament angefochten worden ist, dennoch, sofern die Ungültigkeit desselben noch nicht rechtskräftig anerkannt worden, als iustus tutor angesehen werden, und die obrigkeitliche Bestätigung desselben geschieht hier ohne allen Nachtheil in Rücksicht des Processes, wie auch Tryphonin in den letzten Worten ausdrücklich sagt: ut sine ullo litis praeiudicio *iustus tutor* auctor pupillo ad eam litem fiat [38]). Hieraus erklärt sich also, 1) warum der gesetz-

37) *L. 6. D. de legitim. tutor.* INTESTATO *parente mortuo* adgnatis defertur tutela. INTESTATUS autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit, quantum enim *ad tutelam* pertinet, INTESTATUS est.

38) Man sehe über den Sinn dieser Worte *Jo.* ALTAMIRANUS ad Libr. IV. Quaestion. Scaevolae Tr. 4. ad L. 31.

liche Vormund nicht eintreten, und auch 2) kein anderer, als der teſtamentariſche Vormund, von der Obrigkeit gegeben werden konnte. Der geſetzliche Vormund darum nicht, weil das Daſeyn des teſtamentariſchen Vormundes machte, daß ihm die Tutel nicht einmal deferirt werden konnte [39]). Ein Anderer, als der teſtamentariſche Vormund, aber auch nicht, weil hier die Regel zur Anwendung kommt: *tutorem habenti tutor dari non potest*, und es wegen des ungewiſſen Ausganges des Proceſſes doch immer für den Pupillen das rathſamſte iſt, daß der im Teſtament ernannte Vormund beſtätiget werde, gerade ſo, wie auch Scävola [40]) in einem hieher gehörigen Falle entſcheidet. Von einer Ausnahme jener Regel wegen Daſeyns eines geſetzlichen Vormundes iſt alſo hier durchaus nichts zu finden, wenn man nicht den Worten Gewalt anthun will. Zwar ſagt Tryphonin: et si patruus exstet, legitimus tutor futurus ab intestato. Allein das heißt ja nicht ſo viel, als ob der geſetzliche Vormund in dem gegenwärtigen Falle gerufen ſey. Dieſer Sinn konnte dem großen Papinian gar nicht einfallen. Es heißt vielmehr, wenn gleich in dem gegenwärtigen Falle ein ſolcher väterlicher Verwandter als ent-

D. de testam. tut. §. 7. et 8. (in *Thesi. Meerman.* Tom. II. pag. 424.) und Pothier Pand. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 5. Nr. XI. Not. k. pag. 98.

39) *Neque enim*, ſagt Cujacius in Commentar. in Libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum ad L. 6. D. de legitim. tut. *legitimo tutori est locus, nisi cum mortis tempore deficit tutor testamentarius.* S. Oper. postum. a Fabroto editor. Tom. II. pag. 613. In unſerm Falle aber kann man ſagen, non deficit.

40) *L.* 31. *D. de testam. tut.*

erbten Kindes vorhanden ist, der, wenn der Vater desselben INTESTATUS gestorben wäre, gesetzlicher Vormund geworden seyn würde; so kann doch auf denselben darum keine Rücksicht genommen werden, weil man hier, nach dem oben angegebenen Begriff des Paulus, gar nicht sagen kann, der Vater des enterbten Kindes sey *intestatus* gestorben [41]). Wie läßt sich also behaupten, der gesetzliche Vormund sey von dem Augenblicke des Todes des Erblassers gerufen, wenn die Richtigkeit des Testaments anerkannt wird? Nein der gesetzliche Vormund wird auch dann nicht eintreten, wenn schon das Testament durch richterliches Urtheil rechtskräftig aufgehoben worden ist; sondern der testamentarische Vormund wird bleiben, jedoch nun als Dativ-Vormund die Tutel verwalten, wie Papinian in der vorhergehenden Gesetzstelle ausdrücklich sagt. Ein neuer Grund, warum hier kein anderer Tutor gegeben werden konnte, sondern der im Testamente gegebene bestätiget werden mußte. Denn ein Dativ-Tutor kann nicht bestellt werden, wo ein testamentarischer Vormund vorhanden ist [42]); und hiermit rechtferti-

41) Daß die Worte des Tryphoninus: etsi patruus extet, *legitimus tutor futurus ab intestato*, wirklich blos von dem Falle zu verstehen sind, wenn kein Testament vorhanden ist, erhellet aus dem §. 1. der *L.* 27. *D. de test. tut.* wo es heißt: Cum autem ipse patruus, quem *tutorem legitimum* sibi dicebat pupillus esse, subiectum filium criminaretur, et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet: alium tutorem petendum Julianus respondit.

42) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. XV. Responsor. Papiniani ad L. 29. D. de testam. tut. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 580.)

get ſich noch mehr der vom Tryphonin angeführte Entſcheidungsgrund: *quia tutorem habenti tutor dari non potest.*

Bey der Curatel findet die mehr gedachte Regel nicht Statt. Modeſtin ſagt *libro septimo Differentiarum* [43]).

Curatorem habenti, quominus *alius curator* detur, regula iuris non est impedimento.

In einer Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian, *L.* 10. *C. Qui dare tutores vel curatores possunt* (V. 34.) heißt es zwar:

Curatorem habenti neque adiungi, nisi causa cognita, neque in locum eius alium substitui, nisi ante priore remoto, ambigui iuris non est.

Allein die Lesart dieſes Geſetzes iſt zweifelhaft. Cujaz [44]) meint, es müſſe, ſtatt curatorem, *tutorem* habenti geleſen werden. Die Gloſſe bemerkt auch, daß in alten Handſchriften wirklich ſo geleſen werde. Spangenberg [45]) hält zwar die gemeine Lesart für die rich-

43) *L.* 20. §. 1. *D. de tutor. et curator. dat.*

44) Observation. Lib. XVII. Cap. 6. Dieſer Lesart ſtimmen auch *Hub.* Giphanius in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 4. C. in quib. casib. pag. 462. und *Jo. Jac.* Wissenbach in Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 10. C. Qui dare tutor. vel curat. pag. 471. bey. Doch meint Giphan, man könne auch die gemeine Lesart beybehalten, wenn man den Ausdruck curator in der jedoch uneigentlichen Bedeutung von tutor nehme, indeßen ſey eine ſolche Verwechſelung beyder Benennungen in unſern Geſetzen etwas Seltenes.

45) Not. 34. ad h. L. no. C. Qui dare tutor. im 2. Th. der Göttingiſchen Ausgabe des Corp. iur. civ. pag. 306.

tige, meint aber, daß der Ausdruck *curator* hier im weitern Sinne zu nehmen sey, wo er gleichbedeutend mit *tutor* seyn soll. Denn einmal deuteten die Worte: damni, quod medio tempore *negotiis pupillaribus* contigit, esse succedaneum, darauf hin, und dann wäre auch bey einer andern Erklärung der Widerspruch dieses Gesetzes mit der vorhergehenden Pandectenstelle unvermeidlich. Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, seiner Erklärung beystimmen zu können. Denn daß auch einem Unmündigen, der keinen Tutor hat, gleich vom Anfange an, eben so gut ein Curator zur Verwaltung seines Vermögens, als ein Tutor, gegeben werden könne, sagen klare Gesetze [46]). Hiernächst aber wird ja der vom Modestin aufgestellte Satz, daß demjenigen, der schon einen Curator hat, noch ein anderer beygegeben werden könne, durch die in der *L.* 10. *C.* bestimmte Einschränkung, daß dieses nicht ohne eine rechtmäßige Ursache geschehen dürfe, ja daß an dessen Stelle nur dann ein anderer Curator substituirt werden könne, wenn der erstere entfernt worden ist, keinesweges aufgehoben, wie auch Hugo Donellus [47]) bemerkt hat. So sagt z. B. von einem dem Pupillen gegebenen curator ad litem Pomponius in der *L.* 5. *D. de tutelis:*

Cum semel petitus sit talis curator, *quamdiu is curator maneat*, alius in eandem litem curator peti non potest.

46) *L.* 9. §. 9. *D. de administrat. tutor. et curat. L.* 19. *D. de auct. et cons. tutor. et curator.*

47) Commentar. de iure civili, Lib. III. Cap. 18. §. 20 et 21. (Vol. II. pag. 231. edit. novissa. *Norimberg.*) Man sehe auch Heyn. Ed. Dirksen civilistische Abhandlungen. 2. Band. S. 45a. f.

Es fragt sich noch zuletzt, auf welchem Grunde dieser Unterschied zwischen Tutel und Curatel beruhe? Die meisten sagen, er gründe sich auf die Regel: *tutor* personae, *curator* rei vel causae datur. Dieß erklären nun einige[48]) aus dem Gesichtspuncte, weil die Person untheilbar ist, so könne auch ein tutor dem Pupillen nur in solidum gegeben werden. Da also der Vormund die volle Auctorität und Administration sowohl über die Person als über das ganze Vermögen des Pupillen erhalte, so sey für einen Andern nichts übrig, wo dieser seine Auctorität interponiren könne. Ein Curator hingegen werde blos für das Vermögen gegeben. Dieses sey, so wie die Sachen, theilbar. Andere[49]) sagen, der Tutor habe eine potestas über die Person des Pupillen, und vertrete Vaters Stelle. Niemand könne aber in einer zweyfachen potestas sich befinden. So wenig also dem, welcher schon einen Vater hat, noch ein anderer Vater gegeben werden könne, so wenig könne auch einem Tutor noch ein anderer beygeordnet werden. Dieß passe nicht auf den Curator, welcher nicht der Person, sondern der Sache gegeben werde. Noch andere[50]) erklären es so: weil der Tutor der Per-

48) *Franc.* Hotomanus in Comm. ad Institut. Tit. de Curatorib. pag. 89. und *Franc.* Balduinus in Comm. ad §. 5. I. de Curatorib. pag. 131.

49) *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. ad Tit. 36. libri V. Cod. In quib. casib. tutor. vel curator. habenti. *Ant.* Faber Iurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 7. p. 688. sqq. *Theod.* Marcilius ad §. 5. J. de curator.

50) *Reinh.* Backovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. I. Lit. C. ad verba: *Quo casu alius tutor.* pag. 462. sq. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 5. I. de Curator. *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta,

ſon des Pupillen, und für deſſelben ganzes Vermögen beſtellt werde, ſo könne ihm dieſes Recht, und die Poteſtas, die er dadurch über den Pupillen erhält, wider ſeinen Willen, und ſo lange er Vormund bleibt, ohne Unrecht weder genommen noch vermindert werden, wohl aber könne ihm ein Curator zur Hülfe und Unterſtützung beygeordnet werden. Ein Tutor hingegen nur auf ſein Geſuch und Verlangen.

Andere [51]) gehen von dieſem Geſichtspuncte nicht aus, ſondern glauben, der wahre Grund jener Regel ſey, weil die Lex Atilia nur ſolchen Unmündigen Tutoren zu geben befohlen hätte, die noch keinen Tutor haben. An dieſes Geſetz habe man ſich ſtreng gehalten, weil die tutelae datio blos auf der Vorſchrift des Geſetzes beruhe [52]). Erſt ſpäterhin wären durch Senatusconſulte Ausnahmen gemacht worden. Die Curatel hingegen ſey nicht durch ein gewiſſes Geſetz, ſondern durch Gewohnheit eingeführt worden, ausgenommen in zwey Fällen durch die Lex Laetoria (Plaetoria). Hier habe alſo die Obrigkeit freyere Hände gehabt.

Der Grund, den noch Einige, z. B. Cujaz und Janus a Coſta daher nehmen wollen, daß die tutelae datio ein actus legitimus ſey, ein ſolcher actus aber nicht wiederholt werden, ſondern nur einmal geſchehen

quae in Digestis ex *Heren. Modestini* libris Differentiar. supersunt. Cap. VIII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 74.)

51) *Ev.* Otto Commentar. ad §. 5. I. de Curatorib. *Janus a* Costa ad eundem §. *Ulr.* Hubba Digression. Iustinian. P. I. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 230 sq.

52) *L.* 6. §. 2. *D. de tutelis.*

könne [53]), wird, als ganz unpaſſend, mit Recht verworfen, da er eines Theils nur die Dativ-Tutel angeht, andern Theils aber auch durch die Beſtellung eines andern Tutors die erſtere nicht wiederholt wird, ſondern vielmehr eine neue geſchieht [54]).

Eben ſo ſind die übrigen Gründe ſchon von Ulrich Huber [55]) näher geprüft, und größtentheils als unſtatthaft verworfen worden. Auch iſt ſchon oben [56]) gezeigt worden, daß die Regel tutor personae, non rei vel causae datur, eine ganz andere Bedeutung habe, als welche man ihr insgemein beyzulegen pflegt. Da überdem in den meiſten Fällen, wie gezeigt worden iſt, einem Unmündigen eben ſo gut ein Curator, als ein Tutor gegeben werden kann, indem der eine wie der andere dieſelben Rechte und Pflichten hat, nur daß der Curator keine Auctorität interponiren kann [57]); ſo iſt es in der That vergebliche Mühe, den Grund der Regel: *tutorem habenti non datur tutor*, ängſtlich zu unterſuchen.

§. 1302. b.

Wenn kann der Vormund einen actor oder adiutor tutelae beſtellen? Wie ſind beyde unterſchieden?

Zuweilen kann der Vormund, welcher durch Krank-

53) *L.* 77. *D. de Reg. iuris.*

54) S. Huberi Digression. Iustinian. c. l. pag. 229. und Walch ad *Hoppii* Commentar. in Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 5. not. a. pag. 102.

55) Cit. loc. §. 1.

56) S. §. 1298. a. S. 12. dieſes Theils.

57) Daher ſagt Modeſtinus *L.* 13. *pr. D. de Excusat.* In paucissimis curatores a tutoribus differunt. S. Carl Aug. Buchholz Verſuche über verſchiedene Rechtsmaterien. (Lübeck 1808.) Nr. V. §. 7. S. 113. ff.

heit, oder durch andere Nothwendigkeit verhindert wird, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen, selbst einen Stellvertreter ernennen. Wird ein solcher Stellvertreter zu außergerichtlichen Geschäften des Pupillen bestellt, so wird er *adiutor tutelae* [58]), zur Führung eines Processes aber ACTOR [59]) genennt, nicht procurator. Denn einen procurator kann Niemand bestellen, als welcher selbst Eigenthümer des Rechtsstreits ist [60]). Kaiser Alexander sagt in der *L.* 11. *Cod. de procurator.* (II. 13.)

58) So nennt ihn Pomponius in der *L.* 13. §. 1. *D. de tutelis.* Est etiam ADIUTOR TUTELAE, quem solet Praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen, ut *suo periculo* eum constituant. *L.* 9. *D. Ratam rem hab. L.* 6. *D. Quando ex facto tutor.* S. *Ev.* Otto Comment. ad §. 6. I. de Curator.

59) §. 6. *I. de Curatorib.* (I. 23.) Quodsi tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quo minus negotia pupilli administrare possit, *et pupillus vel absit, vel infans sit*, quem velit ACTOREM periculo ipsius Praetor, vel qui provinciae praeerit, decreto constituet. Den Namen ACTOR leitet Theophilus in der griechischen Paraphrase daher: *quia per acta constituitur.* Da Theophilus diese Worte in der lateinischen Sprache beybehalten hat, so sind sie vermuthlich aus einem alten Rechtsgelehrten entlehnt. Richtiger aber leitet *Ev.* Otto Comm. ad §. 6. I. de Curat. diese Benennung ab agenda causa ab. *L.* 31. §. 6. *D. de negot. gestis.* Man sehe auch *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. II. Definition. Papiniani ad L. 6. D. Quando ex facto tutor. (in *Opp. postum.* a Fabroto *editis.* Tom. I. pag. 653.)

60) *L.* 1. *D. de procurator.* §. 1. *I. Per quos agere poss.* S. den 5. Th. des Commentars §. 391.

Neque tutores, neque curatores ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis procuratorem facere possunt, *sed* ACTOREM *constituere debent.*

Justinian führt in seinen Institutionen [61]) zwey Fälle an, nämlich, wenn der Pupill abwesend, oder wenn er noch infans ist. Wäre also der Pupill gegenwärtig, und hätte die Jahre der Kindheit überschritten, so könnte er selbst, als dominus litis, mit Auctorität des Tutors, einen Procurator bestellen [62]). *Pupillus* autem, vel *pupilla*, sagt Alexander, *adultus* vel *adulta*, tam ad agendum quam ad defendendum, *tutore seu curatore interveniente*, PROCURATOREM *ordinare possunt.* Der Tutor selbst kann darum keinen Procurator bestellen, weil er nicht dominus litis ist. Er wird es erst durch die Litis-Contestation [63]). Nun ist es ihm unverwehrt selbst einen Procurator zu bestellen, wie ebenfalls Alexander in der angeführten Verordnung sagt:

Ipsi etiam tutores et curatores, post litis contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, *dare* PROCURATORES *non prohibentur.*

Der Vormund kann nun zwar zum actor oder adjutor tutelae vorschlagen, wen er will, er muß aber

61) §. 6. *I. de Curatorib.*

62) THEOPHILUS *in Paraphr. graeca* ad §. 6. I. de Curatorib. sagt: εἰ δὲ παρῆν ὁ πύπιλλος, καὶ ἠδύνατο φθέγγεσθαι, *cum tutoris auctoritate* προπουράτωρ ἐχειροτονεῖτο. d. i. nach Reitz: *Si autem pupillus aderat, et loqui poterat, cum tutoris auctoritate Procurator constituebatur.*

63) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 7. S. 45. ff.

doch von der Obrigkeit bestellt oder eigentlich bestätiget werden, und dieses geschieht auf Gefahr des Vormundes. Hierher gehören noch folgende Gesetzstellen.

L. 24. pr. D. de administrat. et peric. tutor. PAULUS *libro nono ad Edictum.* Decreto Praetoris ACTOR constitui *periculo tutoris* solet, quotiescunque aut diffusa negotia sint, aut dignitas, vel aetas aut valetudo tutoris id postulet. *Si tamen nondum fari pupillus potest, ut procuratorem facere possit, aut absens sit: tunc* ACTOR *necessario constituendus est* [64]).

L. 6. D. Quando ex facto tutoris. PAPINIANUS *libro secundo Definitionum.* Tutor *interposito decreto Praetoris* ACTOREM reliquit: secundum eum sententia dicta, iudicati transfertur ad pupillum actio non minus, quam si tutor obtinuisset [65]).

L. un. Cod. De actore a tutore seu curatore dando. Impp. DIOCLETIANUS *et* MAXIM. Si sui iuris constituti filii tui matri successerunt: licet te tutorem eorum esse probetur, tamen non per *procuratorem*, sed ACTOREM *decreto constitutum a te*, res eorum te absente peti convenit.

Noch ist zu bemerken, daß Pomponius *libro secundo Enchiridii* [66]) einen Unterschied macht zwischen

64) S. *Jac.* CUJACII Commentar. in Libr. IX. ad Edictum ad h. L. 24. (in *Opp. postum. a* FABROTO *edit.* Tom. II. pag. 141. sq.)

65) Man vergleiche über diese Stelle *Jac.* CUJACII Commentar. in Libr. II. Definition. Papiniani ad h. L. (*Oper. postum.* T. I. pag. 653.) und *Pet.* FARRA Semestrium Lib. I. Cap. 13. pag. 76.

66) *L. 13. D. de tutelis.*

einem *administrator* und *adiutor tutelae*. Beyde kommen darin überein, daß sie nicht blos zu einzelnen, sondern zu allen Geschäften der Vormundschaft bestellt werden, welche nicht die Führung eines Processes betreffen. Der Unterschied besteht aber darin, daß ein *administrator* dem Vormunde, der wegen Kränklichkeit oder Alters der Vormundschaft nicht mehr selbst vorstehen kann, ohne desselben Gefahr, von der Obrigkeit beygeordnet wird, dahingegen ein *adiutor tutelae* dem Vormunde, auf dessen Gesuch und Gefahr, von der Obrigkeit gegeben wird. Pomponius sagt nämlich am angeführten Orte:

Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti, propter adversam tutoris valetudinem, vel senium aetatis, qui magis *administrator rerum*, quam curator esse intelligitur. Est etiam *adiutor tutelae*, quem solet Praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, *ita tamen ut suo periculo eum constituant*[67]).

Von beyden unterscheidet sich aber ein *actor* darin, daß dieser blos zu einzelnen Geschäften, bey besondern Gelegenheiten, auf den Vorschlag und die Gefahr des Vormundes, in einem Falle, wo derselbe verhindert ist, von der Obrigkeit bestellt wird. Dieß geschieht nun in solchen Fällen, wo sonst ein Procurator bestellt zu werden pflegt, sofern solcher nicht mit Auctorität des Vormundes von dem Pupillen selbst, auch nicht von dem Vormunde, so lang er noch nicht dominus litis

67) S. *Ulr.* Huberi Digression. Iustinian. P. II. Lib. I. Cap. 27. §. 1.

geworden, bestellt werden kann [68]). Es mag dum übrigens für den actor, oder gegen ihn, gesprochen worden seyn, so wird die actio iudicati dem Pupillen oder gegen denselben gegeben, eben so als wenn der Vormund den Proceß selbst geführt hätte [69]).

§. 1303.

Delation der Vormundschaft, und daher entstehende Arten der Tutel.

Von Tutelen sagen die Gesetze eben so, sie werden deferirt, wie von Erbschaften [70]). Die Tutel wird nämlich dem Vormunde deferirt, wenn er ein Recht hat, sie zu übernehmen und zu verwalten. Der Grund der Delation ist nun nach dem Römischen Rechte dreyfach, Testament, Gesetz und Decret oder Bestellung der Obrigkeit. Daher giebt es nach dem Römischen Rechte drey Arten der Tutel, *tutela testamentaria*, *legitima* und *dativa* [71]).

68) Huber c. l. §. 3. pag. 562.

69) *L. 2. D. de administrat. tutor. L. 4. §. 1. D. de re iudicata. L. 1. C. Quando ex facto tutor.* (V. 39.) Faber c. l. pag. 75. sq.

70) *L. 7. pr. D. de capite minutis.* S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 4.

71) Gaius *Institution. Commentar. I.* §. 154. nennt jedoch auch diejenigen, qui nominatim testamento tutores dantur, *dativi*, weil sie durch das Testament geradezu bestellt, und daher gleich mit der Antretung der Erbschaft von selbst Tutoren sind. *L. 7. et 9. D. de testam. tut.* Deßwegen mußte auch der Tutor im Testamente, wie der Erbe, verbis directis ernannt werden, wie schon im 28. Th. §. 1298. S. 445. aus Gajus erwiesen wurde. S. auch Zimmern Geschichte des Röm. Pri-

Justinian sagt in seinen Institutionen[72]) von Tutelen:

Permissum est *parentibus*, liberis impuberibus, quos in potestate habent, TESTAMENTO *tutores dare*[73]).

Quibus autem testamento tutor datus non sit, iis *ex lege duodecim tabularum* agnati sunt tutores, qui vocantur LEGITIMI[74]).

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei DABATUR in urbe quidem Romana *a Praetore urbano, et maiore parte tribunorum plebis* TUTOR *ex Lege Atilia*, in provinciis vero a *Praesidibus provinciarum* ex lege *Julia et Titia*[75]).

Und in der *L. 52. pr. C. de Episcopis et Clericis* sagt Justinian von den Bischöfen und Geistlichen: immunitatem ipso iure omnes habere *tutelae* sive *testamentariae*, sive *legitimae*, sive *dativae*.

Unter diesen drey Arten der Tutel findet eben die Ordnung, wie bey der Erbfolge, Statt. Die testamentarische Tutel hat vor der legitimen eben so, wie die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen, den Vorzug[76]), und so wenig die Intestaterbfolge eintreten kann,

vatrechts bis Justinian. 1. Bandes 2. Abtheil. §. 233. S. 871.

72) S. auch GAJUS *Comm. I.* §. 144. §. 155. et §. 185.

73) §. 3. *J. de tutelis.*

74) *Pr. J. de legit. agnator. tut.*

75) *Pr. J. de Atiliano tutore.*

76) *Pr. J. de legit. agnator. tutela. L. 6. D. de legitim. tutorib. Nov. CXVIII. cap. 5.*

ſolange noch Hoffnung zur teſtamentariſchen vorhanden iſt [77]); eben ſo wenig findet die tutela legitima ſtatt, ſo lange noch die testamentaria zu hoffen iſt [78]). Wenn daher der teſtamentariſche Vormund noch zur Zeit gehindert iſt, die Tutel zu übernehmen, z. B. weil der Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten hat, oder weil der Vormund unter einer Bedingung oder Zeitbeſtimmung iſt ernannt worden, und dieſe noch nicht eingetreten iſt, oder weil er noch nicht das erforderliche Alter hat; ſo kann, wenn auch der Pupill einen legitimus tutor hätte, dennoch derſelbe die Tutel nicht einſtweilen übernehmen, ſondern es muß, bis das Hinderniß gehoben iſt, ein Tutor von der Obrigkeit beſtellt werden [79]). Heineccius [80]) erklärt dieſes daraus, weil die Regel: eundem et testato et intestato decedere non posse [81]), ſo wie bey Erbſchaften, alſo auch bey Tutelen Statt gefunden habe. Nur wenn gar kein tutor testamentarius beſtellt worden, oder derſelbe geſtorben, und kein anderer teſtamentariſcher Vormund vorhanden iſt, tritt die tutela legitima ein [82]). Denn wenn von mehreren teſtamentariſchen Tutoren einer ſtirbt, ſo wird an deſſen Stelle ein anderer Vormund von der Obrigkeit ernnent, eben ſo, als wenn der teſtamenta-

77) *L.* 8. *Cod. Commun. de successionib.* S. meine Intestaterbfolge §. 9.

78) *L.* 11. *pr. D. de testament. tut.* S. Donellus c. l. *Cap.* 4. §. 2.

79) §. 1. *J. de Atiliano tut. L.* 10. *pr. L.* 11. *pr. D. de testam. tut.* L. 10. §. 7. D. de excusat.

80) Diss. de tutela pactitia seu conventionali. §. 9.

81) *L.* 7. *D. de div. Reg. iuris.*

82) *L.* 11. §. 3. *D. de testam. tut.*

rische Tutor sich excusirt, oder removirt wird [83]). Ist weder ein testamentarischer, noch gesetzlicher Vormund vorhanden, der ein Recht zur Tutel hat, so bestellt die Obrigkeit einen Vormund [84]). Dieses findet auch Statt, wenn das Testament, in welchem der Vormund ernannt worden, ungültig errichtet, oder ungültig geworden ist. Hier confirmirt zwar die Obrigkeit den testamentarischen Vormund, allein er wird nun für einen Dativ-Tutor (*ex decreto tutor datus*) gehalten [85]). Auch hier zeigt sich eine Aehnlichkeit zwischen Tutel und Erbschaft. Denn so wie der Prätor in mehreren Fällen aus Gründen der Billigkeit ein Testament, welches nach der Subtilität des Civilrechts nichtig errichtet, oder ruptum geworden ist, bey Kräften erhält, und dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas giebt; eben so giebt er hier dem Vormunde durch sein Decret die Tutel gleichsam secundum tabulas; und so wie der Prätor in seinem Edict gewissen Personen ein Erbrecht gab, die weder durch Testament des Erblassers, noch durch das Gesetz zur Erbschaft gerufen waren; so bestellte er in solchen Fällen, da weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Vormund vorhanden war, einen Tutor zu Folge der Gesetze [86]). Schon diese Analogie zwischen Tutel und Erbschaft [87]) beweist, daß es nicht

83) *L.* 11. §. 1. 2. *et* 4. *D. eodem.*

84) *Pr. J. de Atiliano tut.*

85) *L.* 26. §. *ult. L.* 27. *D. de testam. tut. L.* 29. *D. eodem. L.* 3. *D. de confirm. tutore. L.* 18. §. 1. *D. ad Leg. Corn. de falsis.*

86) Man sehe hier vorzüglich *Jo. Gottl.* Heinecii Diss. de tutela pactitia seu conventionali. *Lipsiae* 1765. §. 9.

87) Diese Analogie bestreitet zwar *Ge. Steph.* Wiesand in Opuscul. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. III. §. 2. pag. 25 sq.

mehr, als die angegebenen drey Arten der Tutel, nach dem Römiſchen Rechte geben könne. Eine Tutel, die ſich auf einen Vertrag gründet, und, ohne irgend einen andern weitern Grund, blos durch Vertrag entſtehen könnte, giebt es daher nach dem Römiſchen Rechte eben ſo wenig, als ein auf Vertrag gegründetes Erbrecht [88]). Gleichwohl ſind viel Rechtsgelehrten [89]) anderer Meinung, und wollen noch eine vierte Gattung der Tutel, nämlich eine *tutela pactitia* oder *conventionalis* annehmen, welche darin beſtehen ſoll, wenn Jemand dem Vater, oder der Mutter, oder anderen nahen Anverwandten des Mündels, oder der Obrigkeit, oder dem Mitvormunde

Allein ſeine Gründe beweiſen nur ſoviel, daß Tutel und Erbſchaft an ſich verſchieden ſind, welches aber die Analogie, die hier unverkennbar iſt, nicht aufhebt. Man ſehe vielmehr *Wolr.* Burchardi Comm. de tutela Romana cum hereditate comparata. *Herborn.* 1784.

88) Auſſer Heineccius hat dieſes ganz deutlich gezeigt *H. G. van* Vryhoff Observation. iuris civ. (*Amstelaed.* 1747. 8) Cap. IX. pag. 31—44. Man ſehe noch *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani fragmenta. Tit. XI. §. 2. pag. 55.

89) *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXXVIII. *Ad. Frid.* Glafey Diss. epistolica de tutela pactitia, oder Vormundſchaft, ſo aus Zuſagen entſteht. *Tubing.* 1716. *Jo. Frid.* Hoepner Diss. de tutela pactitia. *Lips.* 1731. *Christ. Gottl.* Reinhardt Diss. de tutela pactitia Romanis non incognita. *Lipsiae* 1739. (Andere führen dieſe Diſſertation unter dem Namen *J. G.* Bauer an.) *Joach. Ge.* Darjes Diss. de tutela pactitia tam in iure Romano quam Germanico fundata, eiusque in foris nostris usu, sub praesidio *Diet. Herm.* Kemmerichii def. *Jenae* 1739. 4.

verſpricht, daß er die Tutel übernehmen wolle, und vermöge ſeines Verſprechens zur Uebernehmung der Vormundſchaft verpflichtet iſt. Allein dieſe Meinung, welche ſchon längſt von andern [90]) gründlich widerlegt worden iſt, beruhet auf einem offenbaren Mißverſtande der Geſetze. Die Stellen, welche man dafür aus dem Römiſchen Rechte [91]) anzuführen pflegt, reden offenbar nicht von einem Vertrage, wodurch eine Vormundſchaft entſteht, ſondern wodurch ein Vormund, der ſchon im Teſtament ernannt, oder vom Geſetz gerufen iſt, ſich gegen den Vater des Pupillen anheiſchig macht, daß er die Tutel nicht ablehnen wolle. Dieſem Vertrage legen die Geſetze die Wirkung bey, daß ſich nachher der Vormund der ihm ſonſt zuſtändig geweſenen Excuſationen nicht bedienen könne. Man vergleiche nur die Geſetzſtellen ſelbſt.

§. 9. *I. de excusat.* Non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt.

90) S. *Christ. Henr.* Hiller Figmentum tutelae speciei quartae pactitiae sive conventionalis. *Tubingae* 1716. *Car. Gottl.* Knorre Prog. de tutela pactitia Romanis incognita. *Halae* 1736. Oppii Xantorpii Meditat. de fictitio tutelae pactitiae fundamento in iure Rom. *Gremhusing.* 1740. *Lud. Henr.* Schmid Diss. de tutela pactitia iure Rom. incognita. *Altorfii* 1743. *Car. Frid.* Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 14. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 168. und Weber zu Höpfner Note 3. S. 211. Thibaut Syſt. d. Pand. Rechts. 1. B. §. 507. und *Jo. Ern. Just.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. III. Fasc. II. Obs. 587.

91) §. 9. *J. de excusat.* *L.* 15. §. 1. *D. eodem.* *L.* 29. *D. de testam. tut.* *L.* 18. §. 1. *ad Leg. Corn. de falsis.*

L. 15. §. 1. *D. de Excusat.* Modestinus *libro sexto Excusation.* Ὁ τῷ πατρὶ ἐπαγγειλάμενος ἐπιτροπέυειν τῶν παίδων, ἀφίεσθαι τάυτης τῆς ἐπιτροπῆς ὀυ δύναται, κἂν ἄλλως ἔχει δίκαια ἀφέσεως. i. e. *qui patri promisit, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, quamvis alias excusare se iure possit.*

Daß in beyden Stellen von einem ſolchen Vormunde die Rede ſey, den der Vater im Teſtament ernennt hat, erhellet ganz deutlich, wenn man die vorhergehenden Worte des §. 9. *I. de excusat.* damit vergleicht. Da heißt es:

Item si propter inimicitias aliquem testamento *tutorem pater dederit*, hoc ipsum ei praestat excusationem: *sicut per contrarium non excusantur*, etc.

Noch deutlicher aber erſcheint dieſes aus folgender Geſetzſtelle.

L. 29. *D. de testam. tut.* Papinianus *libro XV. Responsorum.* Ex sententia *Senatusconsulti Liboniani* tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit: cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi: nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promisisse videbatur, nec ut suspectum removeri.

Vermöge des Senatusconsulti Liboniani [92]), deßen

92) Es wurde unter dem K. Tiberius gemacht, und hat wahrſcheinlich ſeinen Namen von dem Conſul L. Scribonius Libo erhalten, welcher im Jahre der C. R. 769.

hier gedacht wird, sollte sich Niemand eine Erbschaft, Legat, oder Fideicommiß in dem Testamente eines Andern eigenhändig niederschreiben, wenn es ihm auch gleich der Testirer dictirt hätte. Eine solche Disposition sollte für nicht geschrieben gehalten werden, und nach einem Edict des Kaisers Claudius sollte der Schreiber des Testaments noch überdem in die Strafe des Falsum verfallen, welche die lex Cornelia bestimmt hätte, ohne sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen zu können [93]) wofern nicht der Testirer bey seiner Unterschrift eigenhändig erklärt hätte, daß er es dem Schreibenden dictirt habe, und es sein Wille sey [94]). Durch Interpretation ist nachher das SCtum Libonianum auf alle Arten von Vortheilen ausgedehnt worden, die sich Jemand in eines Andern Testamente zugeschrieben hat [95]), und also auch auf Tutelen,

mit dem Sisenna Statilius Taurus das Consulat verwaltete. S. *Jo. Wilh.* Marckart Exercitat. de his, qui sibi adscribunt in testamento alieno. Cap. I. §. 7. (in *Exercitation. academic.* Hardervici 1751. 4.) pag. 141. und *Henr. Gothof. Wilh.* Daniels Diss. de Senatusconsulto Liboniano, eiusque usu hodierno. *Bonnae* 1791. 8. Cap. II. §. 40. pag. 84 sq.

93) *L.* 1. §. 7. *et* 8. *L.* 14. *et L.* 15. *D. de lege Cornel. de falsis. L.* 1. *et L.* 5. *D. de his, quae pro non script. habentur. L.* 3. *Cod. de his, qui sibi adscribunt.* S. Marckart Exercit. cit. Cap. I. §. 5. et Cap. II. §. 2. et 3. pag. 147. sqq.

94) *L.* 15. §. 1. *et* 2. *D. de lege Corn. de falsis. L.* 2. *et L.* 6. *Cod. de his, qui sibi adscribunt in testam.* (IX. 23.)

95) *L.* 22. §. 8. — 11. *D. de L. Corn. de fals.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Libr. XV. Responsor. Papiniani

wie aus unſerer Geſetzſtelle erhellet. Der Teſtirer hatte hier mehrere Tutoren für ſein unmündiges Kind ernennt, und unter dieſen auch den Sejus, durch den er ſein Teſtament hatte niederſchreiben laſſen. Sejus hatte alſo die ihm vom Teſtirer aufgetragene Tutel ſelbſt niedergeſchrieben. Nun entſtand die Frage, ob dieſe Vormundſchaftsbeſtellung gültig ſey? Das Senatusconſultum enthielt dieſen Fall nicht. Es ſchien auch überhaupt zweifelhaft zu ſeyn, ob er darunter zu ſubſumiren ſey, weil ſich ja Sejus mehr eine Laſt, als einen Vortheil zugeſchrieben zu haben ſchien. Dennoch ſagt Papinian: *Ex sententia Senatusconsulti Liboniani* tutor non erit, *qui se testamento pupillo tutorem scripsit.* Denn man muß doch annehmen, Sejus habe durch die Tutel einen gewiſſen Vortheil zu erhalten gehofft. Er hatte ſich alſo noch obendrein verdächtig gemacht, als ob er die Tutel um ſeines Vortheils Willen geſucht habe, und müßte daher ſchon deswegen removirt werden [96]). Allein für den Tutor ſprach das eigenhändige Zeugniß des Teſtirers, welcher bey ſeiner Unterſchrift erklärt hatte, es ſey die Beſtellung deſſelben auf ſein Geheiß, und mit ſeinem Willen geſchehen. Dieſes Zeugniß ſchützte ihn gegen allen Verdacht, daß er ſich zur Tutel gedrungen habe. Alſo entfernt konnte der Tutor als ſuspect nicht werden, und von einer Strafe des Falſum konnte alſo auch keine Frage ſeyn. Wäre Sejus der einzige Vormund geweſen, ſo hätte ihn die Obrigkeit als Tutor beſtätigen können. Beſtätiget aber mußte er werden, weil die Beſtellung nicht auf eine

ad L. 29. D. de testam. tut. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. P. II. pag. 580.)

96) Nam hoc ipso *suspectus* est, ſagt Ulpian *L.* 25. *D. de Procurator.* qui operam suam ingerit invito.

rechtsgültige Art geschehen war. Hier waren nun noch andere Tutoren vorhanden. Er konnte also diesen, wie Papinian meinte, nur als Curator beygefügt werden. Jetzt als Tutor darum nicht, quia tutorem habenti non datur tutor; und so lange die testamentarische Tutel Statt findet, kann keine Dativ-Tutel angeordnet werden [97]). Dem Sejus schien aber überhaupt an der ganzen Tutel nicht viel zu liegen. Denn sonst hätte wohl nicht die Frage davon seyn können, ob er die Tutel nicht von sich ablehnen könne, weil ihm nach den Gesetzen Gründe der Excusation zustanden. Dieses wird ihm nun hier nicht gestattet. Warum? weil das eigene Niederschreiben der ihm aufgetragenen Tutel für ein stillschweigendes Versprechen zu nehmen sey, daß er die Tutel übernehmen wolle. Daß also der Vormund hier durch keinen Vertrag bestellt war, leuchtet in die Augen. Er war, weil er ex testamento nicht Tutor seyn konnte, durch ein Decret der Obrigkeit bestellt, wie aus folgender Gesetzstelle noch deutlicher erhellet.

L. 18. §. 1. *D. de lege Cornel. de fals.* Paulus *libro III. Sententiarum.* Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse: tamen si idoneus esse adprobatur, *non ex testamento, sed* ex decreto *tutor dandus est,* nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.

Schon, als munus publicum, konnte die Tutel kein Gegenstand des Vertrags seyn, denn auch auf sie

97) S. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 2. Nr. VI. Not g. pag. 94.

wenden die Gesetze die Regel an, ius publicum mutari non potest conventione, ne quidem magistratuum [98]). Es war aber iure publico sanctionirt, daß der Vater nur durch Testament einen Tutor für seine Kinder ernennen könne. Gajus [99]) sagt: *Lege duodecim tabularum* permissum est parentibus, liberis suis, — si modo in potestate sint, tutores *testamento* dare. Noch deutlicher Modestin [100]): Πατὴρ γὰρ υἱοῖς, ἢ ἐκγόνοις, οὓς ἔχει ἐν ἐξουσίᾳ, ὀρθῶς δίδωσιν ἐπίτροπον, ἀλλ' ἐν διαθήκῃ; i. e. *Pater enim filiis, vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem*, SED IN TESTAMENTO. Daher konnte auch der Vater anders keinen Tutor bestellen, als wenn er zugleich einen Erben ernannte. Dieß ist es, wenn Paulus [1]) sagt: *Tutor separatim sine pecunia dari non potest.* Erst in der Folge konnte der Vater auch in codicillis testamento confirmatis Tutoren ernennen [2]). Nur solche letzte Willensverordnungen hatten Gesetzeskraft, nicht Verträge. Wie konnte also durch Vertrag ein freyer Mensch der Gewalt eines Andern unterworfen werden, da die Tutel eine potestas *iure civili* data war [3])?

98) *L.* 1. §. 9. *D. de magistratib. conveniend.* S. §. 1299. S. 84.

99) *L.* 1. *pr. D. de testam. tut.*

100) *L.* 1. §. 1. *D. de confirm. tut.*

1) *L.* 53. *D. de Verbor. Signif.*

2) *L.* 3. *D. de testam. tut. L.* 1. §. 1. *D. de confirm. tut.*

3) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 168. Not. 3. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 640.

Man hat es für eine Art von vertragsmäßiger Tutel halten wollen, wenn mehrere Vormünder sich in die Verwaltung der Vormundschaft theilen, oder einem die Verwaltung allein übertragen, oder der Vormund die Verwaltung der Vormundschaft einem Dritten aufträgt. Es handeln von solchen Fällen folgende Gesetzstellen.

L. 3. §. 9. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* Ulpian. *libro XXXV. ad Edictum.* Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt: ut distribuatur inter eos administratio.

L. 6. §. 3. *D. eodem.* Ulpianus *libro eodem.* Quod si quis tutelam mandaverit gerendam, gestaque fuerit ab eo, cui mandatum est: locus erit *tutelae actioni:* videtur enim gessisse, qui per alium gessit. Quod si non accessit is, cui mandatum est, *utili actione* convenitur.

L. 55. *pr. D. eodem.* Tryphoninus *libro XIV. Disputationum.* Tres tutores pupillo dati sunt: unus tutelam gessit, et solvendo non est: secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit: tertius nihil omnino gessit. Quaesitum est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae: et in solidum universi tenentur.

Allein aus keiner dieser Gesetzstellen erhellet, daß eine Tutel durch Vertrag deferirt werden könne, so daß in dem Vertrage allein der Grund der anzuordnenden Vormundschaft enthalten sey. Sie beweisen vielmehr das Gegentheil. Denn alle diese Gesetzstellen reden von Verträgen über die Verwaltung einer schon bestehenden Vormund-

ſchaft. Wird nun dieſe Verwaltung einem Mitvormunde überlaſſen, ſo kann von der Beſtellung eines Vormundes, der ſchon da iſt, keine Rede ſeyn; wird ſie aber von dem Vormunde einem Dritten übertragen, der gar nicht zum Vormund beſtellt iſt, ſo wird derſelbe durch dieſen Auftrag nicht Vormund, ſondern der Vormund wird wegen deſſen, was ſein Mandatar für ihn gethan hat, actione tutelae directa, wegen deſſen aber, was dieſer unterließ, actione utili belangt. Tryphonin [4]) ſagt:

Non solum *gessisse* tutelam is creditur; *qui alii gerendam mandavit*, sed et qui satis a *contutore* accepit rem salvam pupillo futuram, *eique permisit administrationem totius tutelae:* nec potest se defendere constitutionibus, *quae jubent ante conveniri eum, qui gessit.*

Nach deutſchen Rechten kann jedoch, gemäß der Meinung der angeſehenſten Rechtslehrer [5]), eine Vormundſchaft

4) *L.* 55. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. Heineccii Diss. cit. §. 23. et 24. und van Vryhoff c. l. pag. 42. sqq.

5) *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iuris german. Tom. I. §. 349. et §. 367. Stryk Us. mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 14. von Lynker Abhandlung von der Vormundſchaftsbeſtellung 1. Th. §. 21. Runde Grundſ. des deutſch. Privatrechts. §. 624. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. 7. B. §. 624. S. 143. *Jo. Frid.* Eisenhart Institut. iur. germ. priv. Lib. I. Tit. 18. §. 6. *Jo. Henr. Christ. de* Selchow Elem. iuris german. priv. hod. §. 505. oder §. 385. der neuern Ausgabe. *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris Germ. Lib. I. Tit. 25. §. 449. p. 608. *Christ. Gottl.* Haubold ad *Borgeri* Oecon. iuris Lib. I.

durch Vertrag bestellt werden, und dieses hat um so weniger einigen Zweifel, weil nach deutschen Rechten auch Erbverträge gültig sind. Gewöhnlich geschieht die Bestellung der Vormünder in den Familienverträgen des Adels über Stammgüter, wovon Jo. Ulrich Freyh. von Cramer [6]) ein merkwürdiges Beyspiel giebt; doch kann dieses Recht dem Adel nicht als eigen zugeschrieben werden, da auch bey Bürgern in Eheberedungen und Erbverträgen Vormünder bestellt werden können, obwohl diese Art der Vormundschaft unter dem Bürger- und Bauernstande seltner vorkommt [7]). Ausserdem kann auch der Vater selbst mit dem pacisciren, der die Vormundschaft über seine Kinder führen soll. Daher unterscheidet man eine doppelte Art der vertragsmäßigen Vormundschaft, die aus Familienverträgen, und die aus Verträgen mit dem Vater. Ist eine Vormundschaft durch Vertrag angeordnet, so hat diese in der Regel den Vorzug vor allen andern Arten der

Tit. IV. Th. 2. Not. a Tom. I. pag. 170. Schmalz Lehrbuch des teutschen Privatrechts. (Berlin 1818.) §. 505. und Mittermaier Grundſ. des gemeinen deutschen Privatrechts. (Landshut 1827.) §. 368.

6) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 806. Man sehe auch Pütter primae lineae iuris priv. Princip. §. 76.

7) Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch bezweifeln, daß die vertragsmäßige Vormundschaft nach gemeinen deutschen Rechten angenommen sey. Man sehe Hiller Diss. figmentum tutelae pactitiae Membr. II. Struben rechtliche Bedenken 5. Band. Bed. VIII. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 640. nr. III. Allein man sehe Daries Diss. de tutela pactitia, praes. *Hemmerich* def. §. 54. sqq. und von Lyncker a. a. O. §. 21. S. 59.

Vormundschaft [8]). Doch wird dieses zunächst auf die vertragsmäßige aus Familienverträgen beschränkt, auf welche der Stammvekter ein Recht hat, welches ihm des Vaters Testament oder Vertrag nicht entziehen kann [9]), obwohl dem Vater auch in diesem Falle erlaubt ist, dem Kinde für seine Person einen Vormund im Testament oder durch Vertrag zu ernennen [10]). Man behauptet auch, daß die vertragsmäßige Vormundschaft, die durch einen Vertrag mit dem Vater bestellt worden, vom Vater durch Testament wieder aufgehoben werden könne, wenn derselbe in der Folge eine rechtmäßige Ursache haben sollte, von dem Vertrage wieder abzugehen, und einen andern Vormund zu ernennen [11]). In dieser Hinsicht behauptet man nicht ohne Grund, der vertragsmäßige Vormund erhalte durch den Vertrag kein unwiderrufliches Recht [12]), und die vertragsmäßige und die testamentarische Vormundschaft hätten gleiches Recht, von denen daher diejenige vorgehe, welche die jüngste ist [13]). Nächstdem geht die testamentarische Vormundschaft auch h. z. T. der gesetzlichen vor [14]). Nur wenn beyde wegfallen, setzt die Obrigkeit

8) S. Daries cit. Dissert. §. 67. von Lyncker §. 25. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 624. Danz im Handbuche. 7. B. §. 624. S. 143.

9) Schmalz im angef. Lehrbuche. §. 505.

10) Schmalz a. a. O.

11) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXXVIII. medit. 12. Daries c. l. §. 68. 69. et 70. und von Lyncker a. a. O. §. 26. S. 80.

12) S. Mittermaier angef. Grundsätze §. 368. a. E.

13) S. Schmalz a. a. O.

14) S. von Lyncker a. a. O. §. 25. S. 77.

einen Vormund [15]). Doch müssen nach deutschen Gesetzen [16]) alle Vormünder von der Obervormundschaft bestätiget werden, und diese kann auch wohl von der Ordnung abweichen, und da, wo schon ein Vormund vorhanden ist, einen andern bestellen, wenn sie dazu einen hinreichenden Grund hat [17]).

§. 1304.

Verschiedene Arten der Vormünder in Rücksicht ihrer Thätigkeit.

Bey mehreren Vormündern unterscheidet das Römische Recht drey verschiedene Arten derselben in Rücksicht ihrer Thätigkeit [18]). Tutores *gerentes*, *honorarii*, und *rei notitiae gratia dati* [19]). Folgende Gesetzstellen geben darüber näheren Aufschluß.

15) Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 508.

16) Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1577. Tit. 32. §. 2.

17) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 185. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 3. B. §. 156. Mittermaier angef. Grundsätze. §. 369. und Schmalz §. 505.

18) S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 12. (Vol. II. pag. 151 sqq. *edition. noviss. Norimb.*) und Mühlenbruch doctr. Pandect. Vol. II. §. 333.

19) S. *Frid.* Schrag Diss. de tutore non administrante. *Argentor.* 1689. *Jo. Henr.* Felz Diss. de tutela honoraria. *Argentor.* 1720. *Wolfg. Ad.* Lauterbach Exerc. acad. de honorario tutore. *Tubingae* 1655. (*Dissertation. Vol. III. Nr. CXXXVII.*) *Sam. Frid.* Willenberg Exercit. de honorario et notitiae causa dato tutore. *Gedani* 1722. (in Eiusd. *Selectis iurisprud. civilis* (Gedani 1728. 4.) P. II. Exercitat. Sab-

L. 3. § 1. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* ULPIANUS *libro XXXV. ad Edictum.* Si parens vel pater, qui in potestate habet, destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere Praetor putavit: meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit: tantundem Praetor facit et de his, quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit: ut si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret.

L. ead. §. 2. Ceteri igitur tutores non administrabunt: sed erunt hi, quos vulgo HONORARIOS appellamus: nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare: constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere: *dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes:* imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Adsiduè igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur: et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem: blandiuntur enim sibi, qui putant, HONORARIOS TUTORES omnino non teneri: tenentur enim secundum ea, quae supra ostendimus.

bath. XI. pag. 369—377.) *Aug. a* LEYSER de tutela honoraria, (in EJUS *Meditation. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXXIX.) *Conr. Frid.* MUNZ Diss. de auctoritate tutoris honorarii. *Altdorf.* 1762. und *Jul. Frid.* MALBLANC Diss. de tutela honoraria. *Tubingae* 1811. 4.

L. 14. §. 1. *D. de solutionib.* ULPIANUS *libro* XXX. *ad Sabinum.* Sunt quidam tutores, qui HONORARII appellantur: sunt, *qui* REI NOTITIAE GRATIA *dantur:* sunt, qui ad hoc dantur, UT GERANT: et hoc vel pater adiicit, ut unus, puta, gerat: vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel Praetor ita decernit. Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, etsi HONORARIIS, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi: nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur.

L. ead. §. 6. Ei, *qui* NOTITIAE GRATIA *datus est*, an recte solvatur, videndum est: *quia ad instruendos contutores datur.* Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.

L. 26. §. 1. *D. de testam. tut.* PAPINIANUS *libro IV. Responsorum.* HONORIS CAUSA tutor datus non videtnr, quem pater a ceteris tutoribus, *quibus negotia gerenda mandavit*, rationes accipere voluit.

L. 32. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *libro IX. Responsorum.* Idem PAULUS respondit, eum quoque, *qui* PROPTER RERUM NOTITIAM *tutor datus est*, perinde in omnibus et administrationis et accessionis iure conveniri posse, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

L. 60. §. 2. *D. de Ritu nuptiar.* PAULUS *libro singulari ad Orationem Divi* ANTONINI *et* COMMODI. Quid ergo, *si* HONORIS CAUSA *tutor* datus sit? Quatenus nec huiusmodi tutela in numerum compu-

tatur, numquid idem sit? Sed ratio in contrarium ducit: quod dictum est, *et* HONORARIUM TUTOREM *periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.*

L. 1. *Cod. de periculo tutor. et curator.* (V. 38.) Imp. ALEXANDER. Et qui NOTITIAE CAUSA liberti tutores dantur, quamvis soli administrandorum negotiorum pupillorum sive adultorum facultatem interdum non accipiant, propter tenuitatem sui patrimonii, periculo tamen omnes sunt obligati: sive ea, quae scire debent, ex utilitate eorum tutores sive curatores dissimulaverint, sive fraudem aliquam adhibuerint, vel cum aliis participaverint, aut cum suspectos facere deberent, vel in officio muneris, vel debito obsequio cessaverint.

Aus dieſen Geſetzſtellen ergiebt ſich alſo, daß

1) *tutores gerentes* diejenigen genennet werden, welche die Tutel ſelbſt verwalten, es mag in eigner Perſon, oder durch einen Stellvertreter geſchehen. Denn Ulpian [20]) ſagt: Videtur enim GESSISSE, qui *per alium* gessit, und Tryphonin [21]): Non solum GESSISSE TUTELAM is creditur, *qui alii gerendam mandavit*, sed et *qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram:* eique permisit *administrationem totius tutelae.* Iſt die Beſorgung der zur Tutel gehörigen Geſchäfte mehreren zugleich, es ſey vom Teſtirer, oder vom Geſetz, oder von der Obrigkeit, übertragen, ſo daß

20) *L.* 5. §. 3. *D. de administrat. et pericul. tutor. et curat.*

21) *L.* 55. §. 2. *D. eodem.*

ſie alle concurriren, ſo werden dieſe Vormünder CONTUTORES genennt [22]). Contutoren ſind daher nicht die, welche, was gegen die Regel zuläſſig geworden, für verſchiedene Gütermaſſen des Pupillen, wegen ihrer weit von einander entfernten Lage, beſtellt worden ſind, ſo daß ſie unter ſich in keiner Verbindung ſtehen, und daher auch nicht für einander haften [23]). Dieß iſt wie eine Delation verſchiedener Tutelen zu betrachten [24]). Contutoren hingegen haften gemeinſchaftlich, wenn ſie auch nicht alle gemeinſchaftlich gerirt haben, wie aus der oben (S. 169.) angeführten Stelle des Tryphoninus erhellet, wo es heißt: Et tutorum quidem *periculum commune* est in administratione tutelae, et *in solidum universi tenentur.* Ein mehreres davon zum §. 1336. Iſt unter den adminiſtrirenden Vormündern Einer über die übrigen gleichſam zum Obervormund geſetzt, dem die verwaltenden Vormünder Rechnung ablegen müſſen, von welchem Falle die oben (S. 175.) aus Papinian angeführte *L.* 26. §. 1. *D. de testam. tut.* handelt; ſo kann man einen ſolchen Contutor, den *tutor gerens superior* oder *generalis* nennen [25]).

22) *L.* 1. *pr. L.* 26. §. 1. *D. de testam. tut. L.* 9. *D. de legitim. tutorib. L.* 23. *D. de tutorib. et curator. datis. L.* 14. *et L.* 55. *pr. et* §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator. L. ult. Cod. de auctorit. praest.* (V. 59.)

23) *L.* 15. *D. de testam. tut. L.* 27. *D. de tutor. datis. L.* 21. §. 2. *D. de excusat.*

24) S. Zimmern Geſchichte des Römiſchen Privatrechts bis Juſtinian. 1. B. 2. Abth. §. 243. S. 915. und Mühlenbruch doctr. Pandect. Vol. II. §. 333.

25) Munz Diss. de auctoritate tutoris honorarii. §. 17. und Malblanc Diss. cit. de tutela honoraria. §. 3. p. 8. nr. 3.

2) *Tutores honorarii*, oder, wie sie auch genannt werden, *honoris causa tutores dati* [26]), werden diejenigen Vormünder genennt, welche, ohne selbst an der Last der wirklichen Verwaltung Theil zu nehmen, blos dazu berufen sind, die tutores gerentes zu beobachten, und über sie die Aufsicht zu führen. Ulpian sagt in der oben (S. 174.) angeführten *L.* 3. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Tutores, quos vulgo HONORARIOS appellamus, — dati sunt, *quasi observatores actus eius* (sc. qui gerit) *et custodes:* imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Solche Ehrenvormünder, wie wir sie nennen, haften also auch dem Pupillen, jedoch nur subsidiarisch, wenn sie es haben an sorgfältiger Aufsicht über die verwaltenden Vormünder mangeln lassen. Adsidue igitur, fährt Ulpian fort, et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur.

Tutores honorarii können nun auf verschiedene Art entstehen. Ulpian sagt *L.* 14. §. 1. *D. de Solution.* Hoc vel *pater* adiicit, ut unus puta gerat: vel *voluntate tutorum* uni committitur gestus: vel *Praetor* ita decernit. Hier sind denn die übrigen honorarii. Diese können also entstehen

1) durch Testament des Vaters, wenn der Vater in seinem Testamente mehrere Tutoren ernannt, und verordnet hat, wer von denselben die Vormundschaft verwalten solle. Hier wird dieser tutor gerens, die übrigen nichtverwaltenden Vormünder sind *tutores hono-*

26) *L.* 60. §. 2. *D. de ritu Nupt. L.* 26. §. 1. *D. de testam. tut.*

rarii, von welchem Falle Ulpian in der oben angeführten Gesetzstelle *L.* 3. §. 1. *et* 2. *D. de administr. et peric. tutor.* spricht.

2) Durch die Bestimmung der Gesetze[27]), wenn das Gesetz mehrere Verwandten gleichen Grades zur Tütel ruft, und dabey verordnet, daß sie mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde einen oder etliche aus ihrer Mitte, soviel sie nämlich zur Verwaltung des Vermögens für hinreichend halten, wählen sollen. Diese sind alsdann die tutores gerentes, die übrigen die honorarii. Hierher gehört die Verordnung des Kaisers Justinian in der *Nov. CXVIII. Cap.* 6. wo es nach Hombergk heißt:

Si vero multi, qui eodem cognationis gradu sunt, ad tutelam vocantur, iubemus, *ut in unum conveniant, et apud Magistratum, cui haec res curae est, unum vel etiam plures, quot ad bonorum administrationem sufficiunt, ex illis eligant et nominent, atque ille vel illi res impuberis administrent:* periculo tutelae omnibus imminente, qui ad tutelam vocantur[28]), eorumque bonis tacite pupillo pro hac administratione oppigneratis.

3) Durch Verfügung der Obrigkeit, wenn die Obrigkeit von mehreren testamentarischen, oder zugleich vom Gesetz berufenen, oder von ihr selbst bestellten Vormündern Einem die Verwaltung der Tutel aufträgt, weil es für den Pupillen vortheilhafter ist. Wenn also der Vater für ein und das nämliche Kind zwar mehrere Vormünder ernannt hat, aus seiner Verordnung aber die Ab-

27) S. Munz Diss. cit. §. 16. und Malblanc Diss. cit. §. 4.

28) Man vergleiche hiermit die *L.* 3. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

ſicht nicht undeutlich hervorgeht, daß nur Einer die Vormundſchaft verwalten ſolle, ohne jedoch den tutor gerens ſelbſt gewählt zu haben, und die Vormünder ſich ſelbſt darüber nicht vereinigen können; ſo kann die Obrigkeit, nach der Abſicht des Vaters, beſtimmen, wer die Vormundſchaft, und welche die Aufſicht dabey führen ſollen. Quippe etsi pater non destinaverit, ſagt Ulpian *L.* 3. §. 6. *D. de administr. tut.* quis gerere debeat, attamen id agit, ut per UNUM administretur. *Sane enim facilius unus tutor et actiones exercet, et excipit: ne per multos tutela spargatur.*

Zuweilen kann auch die Obrigkeit, wie ebenfalls Ulpian *L.* 3. §. 3. *eodem.* ſagt, von der Verfügung des Vaters abweichen, und den Tutor verwerfen, den der Vater zum gerens beſtimmt hat, wenn erhebliche Gründe dazu vorhanden ſind, welches auch, wie Ulpian §. 7. ſagt, in dem Falle Statt findet, wenn der vom Vater zum gerens auserſehene Tutor an der wirklichen Verwaltung der Vormundſchaft keinen Theil nehmen will, und die übrigen Vormünder einen Andern zu wählen ſich weigern. Daß von mehreren zugleich berufenen geſetzlichen, und obrigkeitlich beſtellten Vormündern Einem die Verwaltung der Vormundſchaft allein aufgetragen werden könne, ſagt ebenfalls Ulpian *L.* 6. §. 2. *D. de legitim. tutorib.*

In *legitimis*, et in his, *qui a magistratibus dantur*, quaesitum est, an uni decerni tutela possit? Et ait LABEO, et *uni recte tutelam decerni.* — Quae sententia *utilitatis gratia* admittenda est, *ut uni decernatur administratio.*

Die Obrigkeit iſt ſogar verpflichtet eine ſolche Theilung

zu treffen, ſobald ſie ſich von dem Nachtheile der gemeinſchaftlichen Verwaltung überzeugt.

In allen dieſen Fällen ſind denn die übrigen Vormünder ipso iure *tutores honorarii* [29]).

4) Durch Vertrag, wenn entweder der Vater noch ſelbſt bey ſeinem Leben mit den von ihm im Teſtament ernannten, oder geſetzlichen Vormündern die Uebereinkunft getroffen hat, Wer von ihnen geriren, und Wer blos die Aufſicht bey der Verwaltung der Vormundſchaft führen ſoll [30]), oder wenn die mehreren berufenen Vormünder ſich unter einander vereiniget haben, wer unter ihnen die Vormundſchaft verwalten ſoll, oder dieſen durch die Mehrheit der Stimmen gewählt [31]), oder ſich in die Tutel getheilt haben. Hier iſt jedoch zu unterſcheiden. Die Verhandlung ging entweder unter den Augen der Obrigkeit vor ſich, oder ſie geſchahe wenigſtens dem erklärten Willen des Teſtirers gemäß, oder die Vormünder nahmen eine ſolche Vertheilung der Tutel eigenmächtig und für ſich vor. In dem erſten und andern Falle ſteht der nicht gerirende Vormund gegen den gerirenden in dem Verhältniß als tutor honorarius, ſo wie die mehreren Vormünder, unter welche die Verwaltung der Tutel getheilt iſt, gegen einander in dem Verhältniß als Ehrenvormünder ſtehen [32]). Zunächſt haftet alſo der tutor gerens für ſein

29) S. Malblanc Diss. cit. §. 4. Nr. II—IV.

30) S. Münz Diss. cit. §. 16. in fin.

31) §. 1. *I. de satisdat. tutor. et curat.*

32) S. Lauterbach Exercit. de tutore honorario. §. XXIX. nr. 8. und Malblanc cit. Diss. §. 4. N. VI. Damit ſtimmt auch das allgemeine Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 121. überein.

Thun oder Unterlassen, gegen den Ehrenvormund findet nur eine actio subsidiaria Statt. Im letzten Falle hat eine solche eigenmächtige Theilung der Vormundschaft auf die Verbindlichkeit der Tutoren gegen den Pupillen gar keinen Einfluß, sondern sie haften sämmtlich, wie Contutoren, dem Pupillen in solidum [33], wie aus folgender Verordnung der Kaiser Carinus und Numerianus erhellet.

L. 2. Cod. de dividenda tutela. (V. 52.) Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco, seu provincia constitutos facta necdum fuerit, licentiam habet adolescens, et unum eorum eligere, et totum debitum exigere: cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. In divisionem autem administratione deducta, sive *a Praeside*, sive *testatoris voluntate*: unumquemque *pro sua administratione* convenire potest, *periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus:* nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus, eum contutorem suum non administrasse res pupillares. *Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his* IN SOLIDUM *convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.*

33) S. *Hab.* Giphanius Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 2. de divid. tutela. Tom. I. pag. 465 sq. und Hasse Culpa des Röm. Rechts. §. 63. S. 352. f.

Es erhellet hieraus, daß durch einen bloßen Privat-Vertrag kein tutor honorarius bestellt werden könne. Denn in diesem Falle haftet der non gerens tutor eben so, als ob er gerirt hätte, wie Tryphoninus [34]) sagt, welches aber mit dem Begriffe eines tutor honorarius im Widerspruche steht [35]).

Das Amt der Ehrenvormünder besteht nun, wie Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* sagt, darin, daß sie mit aller Sorgfalt darauf Acht haben müssen, daß die verwaltenden Vormünder ihre Pflichten erfüllen [36]). Nehmen sie das Gegentheil wahr; so dürfen sie dazu nicht schweigen, wenn sie sich nicht selbst verantwortlich machen wollen; sondern sie müssen sie ernstlich ermahnen, und zur Erfüllung ihrer Pflichten, z. B. zur Errichtung eines Inventars, zur erforderlichen Cautionsleistung, zur Anlegung oder Deposition baarer Gelder, u. d. antreiben. Sind Erinnerungen und Vorstellungen fruchtlos geblieben; so müssen sie bey dem Richter von diesem Benehmen des Vormundes in Zeiten Anzeige machen, und denselben als suspect anklagen. *Imputabitur enim eis quandoque*, sagt Ulpian in der angeführten Stelle, cur, si male eum conversari videbant, *suspectum eum non fecerunt.* — Blandiuntur enim sibi, qui putant, *honorarios tutores* omnino non teneri. Und Paulus sagt *L.* 60. §. 2. *D. de ritu nupt.* et *honorarium tutorem* periculum solere pati, *si male passus sit administrari tutelam.*

34) *L.* 55. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.*

35) S. Lauterbach Exerc. de honorario tutore. §. XIII. und Munz cit. Diss. §. XV.

36) Lauterbach cit. Exercit. Cap. III.

Mit der Verwaltung selbst hat nun zwar der tutor honorarius nichts zu thun; es fragt sich aber, ob er sich nicht unter vorkommenden Umständen in die Gestion einmischen dürfe? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Einige [37]) sprechen ihm das Recht zu administriren, und insonderheit zu auctoriren ganz ab, und erklären ein solches Geschäft für nichtig, was von demselben, oder mit desselben Auctorität geschehen ist. Sie berufen sich auf den Ausspruch des Pomponius, welcher *libro XVII. ad Sabinum* [38]) sagt:

Et si pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, *tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet:* et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, sciens alium eius tutelam gerere: dominum me non posse fieri.

Diesem fügen sie noch den Grund hinzu, der tutor honorarius sey eben dadurch, daß er blos die Aufsicht über die verwaltenden Vormünder führen solle, von der Verwaltung der Vormundschaft selbst ausgeschlossen.

37) *Matth.* Wesenbecius Commentar. in Pand. iuris civ. Lib. XXVI. Tit. 8. nr. 3. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX. medit. 1. *Car. Frid.* Walch Introd. in coptrov. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 18. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 129 a. E. und *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 333.

38) *L. 4. D. de auctor. et cons. tutor. et curator.*

Andere[39]) hingegen, und zwar die meiſten, behaupten, daß ſich auch ein tutor honorarius in die Verwaltung der Tutel gültig einmiſchen könne, wenn ihm nicht die Verwaltung ſchlechterdings unterſagt worden iſt. Für dieſe Meinung werden folgende Geſetze angeführt.

L. 14. §. 1. *D. de solution.* Ulpianus *Lib.* XXX. *ad Sabinum.* — Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorariis, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi, *nisi interdicta eis fuerit a Praetore administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur.* Idem dico, et si quis sciens suspectis postulatis solvat: nam iis interim videtur interdicta administratio. Quod si remoto solvit, ei solvit, qui tutor esse desierat, et ideo non liberabitur. — Ei, qui *notitiae gratia* datus est, an recte solvatur, videndum est: quia ad instruendos contutores datur. *Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.*

39) *Jul.* Pacius *Εναντιοφανῶν s.* Legum conciliatar. Centur. V. Qu. 79. *Ev.* Bronchorst *Εναντιοφαν.* Cent. III. Assert. 43. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 8. §. *Sed apparet, abi.* (*Opp.* Tom. II. pag. 562.) *Wolfg. Ad.* Lauterbach Exerc. cit. de honorario tutore. Cap. III. §. 29. nr. 5. sqq. *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 111. *Jo.* Voet Comm. ad Pandectas Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 7. *Conr. Frid.* Munz Diss. de auctorit. tutoris honorar. §. 14. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Praelection. Cervariens. ad tit. Pandect. de liberis et postum. et ad tit. de acquir. vel omitt. hered. (*Cervariae* 1750.) P. II. Cap. 7. §. 8—10. pag. 344. sqq. und von Löhr Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung 3. B. Nr. I. §. 7. S. 29. Not. 2.

L. 49. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.* AFRICANUS *libro IV. Quaestionum.* Pupillum etiam eo tutore auctore, *qui tutelam non gerat*, hereditatem adeundo obligari ait [40]).

In Gemäßheit dieſer Stellen wird die für jene erſte Meinung angeführte Geſetzſtelle ſo erklärt, daß ſie von einem Tutor handle, dem die Adminiſtration der Vormundſchaft unterſagt iſt. Wenn alſo Pomponius in der *L.* 4. *D de auctoritate et cons. tutor. et curator.* ſage: cui administratio tutelae CONCESSA NON EST; ſo ſey dieſes (nach einer bekannten Figur der Rhetorik, welche *Litotes* genennt wird, wo man nämlich mehr hat ſagen wollen, als man mit Worten ausgedrückt hat) ſo zu verſtehen, *cui tutelae administratio* INTERDICTA *est*, wie auch in der *L.* 14. §. 1. *D. de Solution.* ganz beſtimmt geſagt werde [41]).

Jacob Cujacius [42]), dem auch Hubert Giphas

40) Africanus verſteht hier den Julian. S. CUJACIUS in Praefat. Tractat. ad Africanum, und *Guil.* GROTIUS de Vitis Jurisconsultor. Lib. II. Cap. 6. pag. 129. Er nennt ihn *L.* 23. *D. de reb. cred.* *L.* 38. *D. de condict. indebiti.* *L.* 31. *D. de pigner. act.* *L.* 38. §. 4. *D de solut.* mit Namen.

41) Dieſe Erklärung findet ſich zuerſt in der Glossa ad L. 4. D. de auct. tut. Mit mehreren Gründen aber iſt ſie von NOODT Comment. ad Dig. c. l. FINESTRES *et* DE MONSALVO Praelect. Cervar. cit. pag. 346. und PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 8 pag. 56. beſtärkt worden. Ihr ſtimmen auch *Ant.* SCHULTING Not. ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 4. cit. pag. 444. und *Bav.* VOORDA Thes. controversar. Decad. XXI. §. 1. bey.

42) Ad Africanum Tr. IV. ad L. 49. D. de acquir. vel

nius [43]) und Robert Joseph Pothier [44]) gefolgt sind, geht einen Mittelweg. Er unterscheidet zwischen negotiorum gestio, und auctoritatis interpositio. Beydes unterscheidet auch Ulpian [45]), und auch in den Pandecten sind daher die beyden Titel de administratione tutorum und de auctoritate tutorum getrennt. Administriren könne nun, sagt Cujaz, ein tutor honorarius nicht. Hier könne auch nur ein solcher Tutor Auctorität interponiren, dem die Verwaltung der Tutel gegeben ist. In andern Fällen aber, welche nicht die Administration des Vermögens betreffen, könne auch wohl ein tutor honorarius Auctorität interponiren. Jenes lehre die *L. 4 D. de auct. tutor.*, dieses die *L. 49. D. de acquir. vel omitt. hered.* Das letzte Gesetz spreche von der Auctorität des tutor honorarius bey Antretung einer Erbschaft. Diese betreffe nicht die Verwaltung des Vermögens, sondern hierdurch werde nur die durch Adition erworbene Erbschaft der Verwaltung des Tutors unterworfen. Die Antretung einer Erbschaft sey überdem mehr etwas Juristisches, als etwas Factisches. (*Aditio*, sagt Cujaz, *animi* potius est, quam *facti*, vel *administrationis* [46]). Dieser animus könne durch Auctorität eines jeden Tutors ergänzt werden [47]). Allein die L. 4. rede von der Veräus-

omitt. hered. (*Oper. Prior. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 1355.)

43) Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. de divid. tut. Tom. I. pag. 463.

44) Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 8. Nr. VI. not. c. pag. 117.

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 25.

46) *L. 20. D. de acquir. vel omitt. hered.*

47) *L. 189. D. de div. reg. iuris.*

ſerung einer Sache des Pupillen. Dieſe ſey mehr facti, als animi[48]), und erfordere alſo die Auctorität eines ſolchen Tutors, welcher wirklich verwaltet.

Allein dieſer Erklätung widerſpricht ſchon gleich der Anfang der *L.* 4. wo, ohne allen Unterſchied der Handlung des Pupillen, bey welcher der Tutor hinzugezogen wird, ganz allgemein geſagt worden iſt: *si tutor auctoretur, cui administratio concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet.* Sodann könnte man ja auch wohl auf die nämliche Art ſagen, der tutor adminiſtrire nicht, ſondern interponire nur Auctorität, welcher Sachen des Pupillen nicht ſelbſt verkauft, ſondern nur den von dem Pupillen geſchloſſenen Kauf genehmiget; und iſt es denn endlich nicht Einmiſchung in die Adminiſtration, wenn der tutor honorarius Gelder in Empfang nimmt, die dem Pupillen bezahlt worden ſind? und doch iſt, wie Ulpian *L.* 14. §. 1. *D. de solut.* ſagt, die Zahlung auf eine gültige Art geſchehen.

Sollten wir denn alſo nicht lieber die Hoffnung zur Vereinigung der angeführten Pandectenſtellen aufgeben, als uns länger bey ſo widerſprechenden Meinungen der Rechtsgelehrten aufhalten? Dieß war ſchon längſt die Meinung des großen Franz Duarenus[49]). Er ſagt, die Römiſchen Rechtsgelehrten ſeyen hier nicht einig geweſen. Man ſehe dieß daraus ganz deutlich, weil Pomponius in der *L.* 4. *cit.* die Meinung des Oſilius für die richtigere hält. Eben dieſes ſcheint auch die Anſicht des H. Prof.

48) *L.* 7. §. *ult. D. de curator. furioso et aliis.*

49) In tit. Pandect. de acquir. vel omitt. heredit. Cap. IV. §. *Alia quaestio.* (*Oper.* pag. 449.)

Zimmern[50]) zu ſeyn, doch, ſagt er, ſcheine man mitunter auch darauf Rückſicht genommen zu haben, ob einem ſolchen non gerens tutor der Prätor noch ſpeciell die Adminiſtration unterſagt habe. Dieß iſt nun auch wohl unſtreitig richtig. Denn ein tutor honorarius iſt ein wahrer Vormund[51]). Ulpian[52]) ſagt dieſes ausdrücklich, und fügt den Grund hinzu: nam et ad hos periculum pertinet. Er kann ſich alſo auch, weil er Vormund iſt, in die Adminiſtration einmiſchen, wenn es ihm nicht ſpeciell verboten worden. Denn er haftet ja dafür ſo gut, wie er für die Verwaltung der ganzen Tutel haftet, wenn er gegen die tutores gerentes zu nachſichtig war. Paulus[53]) ſagt: et *honorarium tutorem* periculum solere pati, *si male passus sit administrari tutelam.* Der tutor notitiae gratia datus, von welchem noch in der Folge die Rede ſeyn wird, iſt ja auch ein tutor, qui tutelam non gerit, und doch kann er Zahlungen annehmen, und warum? Ulpian[54]) ſagt: CUM TUTOR SIT, *nisi* PROHIBITUM *fuerit ei solvi*, puto liberationem contingere. Es iſt alſo keinem Zweifel unterworfen, daß ein tutor honorarius, eben deswegen, weil er tutor iſt, ſich gültig in die Adminiſtration der Vormundſchaft einmiſchen könne, licet tutelam non gerat, d. h. wenn er auch gleich dazu nicht genöthiget iſt. Nur dann darf er es nicht thun, und ſeine

50) Geſchichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 243. S. 915. f.

51) S. Munz Diss. cit. de auctorit. tutoris honorar. §. 13.

52) *L.* 14. §. 1. *D. de solution.*

53) *L.* 60. §. 2. *D. de ritu nuptiar.*

54) *L.* 14. §. 6. *D. de solution.*

Handlung ist nichtig, wenn ihm das Administriren speciell verboten worden ist. Es ergiebt sich nun hieraus von selbst, daß die *L.* 4. *D. de auct. tutor.* von keinem andern Falle verstanden werden kann, als wenn dem Tutor, welcher nicht gerirt, die Verwaltung speciell untersagt worden ist. Daß diese Gesetzstelle anders gar nicht verstanden werden könne, beweist auch das am Ende angeführte Beyspiel: *si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus*, nec enim id ratum haberi. Auch Ulpian[55]) spricht erst von einem solchen Vormund, der als suspect angeklagt worden ist, denn diesem ist während des Processes die Verwaltung untersagt, sodann von einem tutor remotus, der hierdurch aufgehört hat, Vormund zu seyn. Ist also dem tutor honorarius die Verwaltung nicht untersagt, so kann er, ohne Unterschied der Geschäfte, eben so gut geriren, als auctoriren.

Man unterscheide jedoch hiervon den Fall, wenn die Tutel unter mehrere Vormünder getheilt ist, so daß jedem ein gewisses Resort von Geschäften angewiesen worden, es sey diese Theilung vom Testirer oder von der Obrigkeit geschehen. Hier stehen zwar, wie schon oben bemerkt wurde, diese mehreren Vormünder gegen einander in dem Verhältniß als Ehrenvormünder; allein es wird, wegen der geschehenen Theilung, dadurch gleichsam mehrere von einander fast ganz unabhängige Tutelen entstanden sind, die Sache so betrachtet, als wenn jedem die Administration derjenigen Geschäfte untersagt wäre, die dem andern zu verwalten übertragen worden sind[56]). Hier

55) *L.* 14. §. 1. *D. de solut.*

56) *L.* 51. *D. de administr. et peric. tutorum et curat. L.* 100. *D. de solut. L.* 2. *Cod. Si ex pluribus tuto-*

kann denn auch natürlich die auctoritas des Einen nicht bey Geschäften wirksam seyn, die in das Resort des andern Tutors gehören, weil sich hier kein Vormund in die Geschäfte des andern auf irgend eine Weise einmischen darf [57].

Heutzutage dürfen sich jedoch die Ehrenvormünder überhaupt nicht in die Administration einmischen, wenn sie ihnen nicht durch ein obrigkeitliches Decret erlaubt worden ist [58].

Endlich

3) *Tutores notitiae gratia dati*, oder, wie Paulus [59] sagt, qui *propter rerum notitiam* tutores dati sunt, werden diejenigen Vormünder genennt, welche, ohne zu einer Mitverwaltung bey den Geschäften der Vormundschaft verpflichtet zu seyn, blos wegen ihrer Kenntniß, die sie von den Angelegenheiten des Pupillen haben, dazu angestellt sind, um den verwaltenden Vormündern die nöthige Auskunft zu geben, und sie mit Rath und Belehrung zu unterstützen. Ulpian [60] sagt: *qui ad instruendos*

rib. vel curator. (V. 40.) *L.* 5. *C. de auctor. praest.* S. Lauterbach Diss. cit. Cap. III. §. 29. nr. 8.

57) *L.* 5. *C. de auct. praest.* (V. 59.) S. von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. B. 1. H. Nr. I. §. 7. S. 30. Not. 1. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 769.

58) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. XXXII. §. 2. S. Lauterbach c. l. nr. 10. Struk Us. mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 6. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 625.

59) *L.* 32. §. 2. *D. de testam. tut.*

60) *L.* 14. §. 6. *D. de Solution.*

contutores dantur. Nicht ſelten werden dieſe belehrenden Vormünder mit Ehrenvormündern verwechſelt [61]). Man ſagt, tutores honorarii würden blos mit dem Beyſatz *notitiae causa dati* bezeichnet, wenn die adminiſtrirenden Vormünder in wichtigen Fällen an ihren Rath gebunden ſind. Es ſey daher falſch, wenn man mit Lauterbach [62]) drey beſondere Arten der Vormünder in Rückſicht der Thätigkeit unterſcheide [63]). Allein Ulpian unterſcheidet ja in der bereits oben (S. 175.) angeführten Stelle ganz deutlich drey beſondere Arten der Tutoren, und unterſucht die Frage, welchem von mehreren Vormündern eine Zahlung für den Pupillen gültig geſchehen könne? bey dem *tutor notitiae gratia datus* noch beſonders, welche er doch ſchon vorher beym *tutor honorarius* entſchieden hatte. Bey dem letztern machte er gar keine Bedenklichkeit, daß ihm eine Zahlung geſchehen könne. Bey dem tutor *notitiae gratia datus* hingegen äuſſert er ſich bedenklicher, wenn er ſagt:

Ei, *qui* NOTITIAE GRATIA *datus est*, an recte solvatur, *videndum est.*

Er führt ſogar einen Zweifelsgrund an, *quia ad instruendos contutores datur.*

In der That aber iſt auch wirklich das Amt eines tutor notitiae causa datus beſchwerlicher und gefahrvoller, als das eines tutor honorarius. Zwar ſagt auch von dieſem Ulpian [64]): *et ad hunc periculum pertinet.*

61) S. Haſſe Culpa des Röm. Rechts §. 37. S. 352. lit. a.

62) Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 6.

63) S. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. I. B. §. 499.

64) *L.* 14. §. 1. *D. de solut.*

Allein er haftet doch nur in subsidium, wenn zuvor die gerirenden Vormünder ausgeklagt worden sind [65]). Der tutor notitiae gratia datus hingegen haftet zunächst, wenn er sein Amt nicht treu verwaltete, und es an der nöthigen Belehrung und Berathung der gerirenden Vormünder in solchen Angelegenheiten des Mündels, von denen er hinlänglich unterrichtet war, mangeln ließ, oder wohl gar seine Kunde betrüglich verhehlte, und dadurch den Pupillen in Schaden brachte [66]). Hierher gehört die oben (S. 176.) angeführte Verordnung des Kaisers Alexander. Nur dann haftet er, gleich dem tutor honorarius, in subsidium, wenn er unterließ, den verwaltenden Vormund, wie ihm ebenfalls oblag, als suspect zu postuliren [67]). Hieraus erklärt sich die oben (S. 175.) angeführte Stelle des Paulus *L.* 32. §. 1. *D. de testam. tut.* wo es heißt:

Eum quoque, qui *propter rerum notitiam* tutor datus est, perinde in omnibus *et administrationis et accessionis iure* conveniri posse, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

Der tutor *notitiae causa* datus haftet *administrationis iure*, d. h. wie ein tutor gerens, wenn er es an Belehrung und Berathung des verwaltenden Vormundes in solchen Angelegenheiten des Pupillen fehlen ließ, von

65) *L.* 3. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. Lauterbach Diss. de honor. tutore. Cap. III. §. 30. nr. 6.

66) S. Willenberg Diss. cit. de honorario et notitiae causa dato tutore. §. 15. et 16. und Malblanc Diss. de tutela honoraria. §. 3.

67) *L.* 1. *Cod. de peric. tutor. et curator.* (V. 38.)

denen er vollkommen unterrichtet war. Er haftet hingegen *accessionis iure*, d. h. in subsidium, oder wie es Cujaz [68]) erklärt, excussis prius facultatibus eius, qui administravit, qui gessit tutelam, wenn er wissentlich geschehen ließ, daß der tutor gerens nach seiner Willkühr verfuhr, ohne ihn in wichtigen Angelegenheiten des Pupillen zu befragen und zu Rathe zu ziehen, und ihn deshalb nicht, wie ihm doch oblag, bey der Obrigkeit als suspect angab.

Wenn es in der oben angeführten Constitution des Kaisers Alexander heißt: Et qui NOTITIAE CAUSA *liberti* tutores dantur, — periculo tamen omnes sunt obligati; so bezieht sich dieses darauf, daß der Vater den in seinem Testamente bestellten Tutoren häufig diejenigen seiner Sklaven, welche bey seinem Leben seine Rechnungen geführt, und seine Güter verwaltet hatten, als tutores notitiae causa beyzuordnen pflegte, weil diese von allen Angelegenheiten am besten unterrichtet waren [69]). Solche Sklaven hießen *actores* [70]), Scävola [71]) nennt sie πραγματεῦται, *negotiatores*,

68) Commentar. in Lib. IX. Responsor. Julii Pauli ad §. 1. L. 32. de testam. tut. (*Oper. postumor. a* FABROTO *editor.* Tom. III. pag. 46. sq.) Man sehe auch POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 7. Nr. XVII. Not. f. pag. 110.

69) *L.* 1. §. 6. *et* 7. *D. de tut. et rationib. distrah.* S. MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. VII. nr. 19. und POTHIER c. l. not. e.

70) *L.* 12. *D. de liberat. legata.* S. HUBER Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 27. §. 3. in fin.

71) *L.* 41. §. 4. *D. de fideicommiss. libertat.*

und Theophilus [72]) διοικηταὶ τῆς οὐσίας, *dispensatores bonorum*, oder *administratores domestici*. Solche Sklaven waren schon dadurch von selbst manumittirt, daß sie der Testator zu Tutoren seiner Kinder ernannt hatte, wie Paulus *L. 32. §. 2. D. de testam. tut.* lehrt. Quoniam placet, eum, *qui a domino tutor datus est*, libertatem quoque meruisse videri [73]). Ohnehin konnte ja auch kein Sklave Tutor seyn [74]). In dem Falle, von welchem Paulus spricht, hatte auch der Testator dem Sklaven, den er unter andern seinen unmündigen Kindern zum Vormund gegeben hatte, *Lucius Eros* genennt. Schon dieß war ein Beweis, daß der Sklave frey seyn solle. Denn nur freye Menschen konnten zwey Namen, Vor- und Zunamen, führen, keine Sklaven [75]).

Daß auch die Curatoren in Rücksicht ihrer Thätigkeit in gerentes, honorarii und notitiae causa dati eingetheilt werden können, hat keinen Zweifel [76]),

72) *Paraphr. gr. ad §. 20. J. de legat.*

73) Nach dem Justinianeischen Rechte war dieß eine libertas directa. §. 1. *J. Qui dari tutores testam. poss.* S. §. 1301. Not. 54. S. 73. und Pothier Pand. Justinian. Tom. II. Tit. de testam. tut. Nr. IX. Not. s. pag. 94.

74) S. §. 1301. S. 72.

75) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. IX. Responsor. Julii Pauli ad h. L. (*Opp. postumor. a* Fabroto *edit.* Tom. III. pag. 47.)

76) Arg. *L. 3. §. 5. D. de administr. et periculo tutor.* S. auch Willenberg Diss. cit. §. 3. und Munz Diss. cit. §. XII. Schol. 2. Die Eintheilung der Curatoren bey Ulpian. *Fragm. Tit. XII.* §. 1. Curatores aut *legitimi* sunt, id est, qui ex Lege duodecim Tubularum dantur: aut *honorarii*, id est, qui a Praetore constituuntur; gehört

zumal da Modeſtin [77]) ſagt: *ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων.* i. e. *In paucissimis enim curatores a tutoribus differunt.*

jedoch nicht hieher. Denn hier ſind curatores *honorarii* keine anderen, als dativi, welche hier darum *honorarii* genennt werden, weil ſie ihren Urſprung aus dem Edict des Prätors, und alſo aus dem iure honorario herleiten. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejustin. ad h. loc. Ulpiani not. 3. pag. 605. und *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani fragmenta Tit. XII. §. 1. pag. 65.

77) *L.* 13. *pr. de excusat.*

Lib. XXVI. Tit. II.

De testamentariâ tutela.

§. 1305.

Begriff, Grund, und Erfordernisse der testamentarischen Vormundschaft.

Nach dem ältern Römischen Rechte hatte die testamentarische Tutel nicht nur für Unmündige, sondern auch für Weiber Statt. Denn nach dem Zeugniß des Gajus [78]) konnte nicht nur der Vater seinen in seiner potestas befindlichen Kindern, und zwar den Kindern männlichen Geschlechts nur, sofern sie noch unmündig waren, denen des weiblichen Geschlechts aber, ohne Unterschied, sie mochten noch unmündig oder schon mannbar seyn, durch Testament Vormünder bestellen; sondern auch der Mann seiner Ehefrau, die sich in seiner manus befand. Eben so konnte der in der manus des Sohns befindlichen Schwiegertochter ein Tutor gegeben werden, nicht anders, als wäre die Frau des Mannes Tochter, und die Schwiegertochter des Testirers Enkelin. Denn die Alten wollten, sagt Ga-

78) *Institution. Commentar. I.* §. 144. *et* 148. S. den 28. Th. dieses Commentars. §. 1298. Not. 44.

jus [79]), daß Frauensperſonen wegen des ihrem Geſchlechte eigenen Leichtſinns, ſelbſt noch nach erreichter Volljährigkeit, unter der Vormundſchaft ſtehen ſollten. Wenn daher der Vater in ſeinem Teſtamente ſeinem Sohne und ſeiner Tochter einen Vormund beſtellt, und beyde die Mündigkeit erreicht hatten, ſo hörte zwar der Sohn auf, einen Vormund zu haben; allein die Tochter blieb deſſen ungeachtet in der Vormundſchaft [80]). Der Mann konnte ſogar ſeiner Frau in manu, was der Vater bey der Tutel einer filiafamilias nicht konnte [81]), die eigne Wahl eines Tutors im Teſtamente geſtatten. Hieraus entſtand eine Unterart der teſtamentariſchen Tutel, welche man *tutoris optio* nannte [82]), und, als eine Modifikation der teſtamentariſchen Tutel, erſt ſpäter aufkam, als dieſe, aber nur bey der uxor in manu, und nicht bey der filiafamilias zuläßig war [83]). Der ſo gewählte Tutor hieß *optivus*, und konnte entweder für alle Geſchäfte, oder auch blos für einzelne Zwecke gewählt, und auch wohl mehrmals gegen einen andern vertauſcht werden, ſofern die Frau nicht durch das Teſtament in Anſehung der Wahl beſchränkt war. Daher unterſcheidet Gajus [84]) zwiſchen

79) Gajus I. §. 144.

80) Gajus I. §. 145. S. den 28. Th. S. 412.

81) S. *Phil. Ed.* Huschke Diss. de privilegiis Feceniae Hispalae Senatusconsulto concessis. *Goett.* 1822. 8. pag. 55.

82) Gajus I. §. 150. S. den Commentar §. 1298. Not. 44. S. 438.

83) S. Zimmern, Geſchichte des Röm. Privatrechts 1. B. S. 871.

84) Gajus *Comm. I.* §. 151. 152. et §. 153. S. Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 233.

plena und *angusta* optio. Nun nannte man einen tutor *testamentarius* nur einen ſolchen Vormund, der namentlich im Teſtamente gegeben worden, und eben daher auch *dativus* [85]). Die teſtamentariſche Tutel iſt übrigens für Unmündige ſowohl als Weiber gleich alt. Daß die XII Tafeln beyde Arten beſtätiget haben, iſt ſchon an einem andern Orte [86]) aus Stellen des Gajus erwieſen worden. Beyde waren aber gewiß weit älter, wie auch ſchon oben [87]) gezeigt worden iſt. Denn es war ja faſt kein Staat, ſagt Gajus [88]), in welchem es den Vätern nicht geſtattet worden wäre, ihren unmündigen Kindern in ihrem Teſtamente einen Vormund zu geben, obwohl nur die Römiſchen Bürger die einzigen waren, welche ihre Kinder in der potestas hatten.

Nach dem Juſtinianeiſchen Rechte findet nur noch eine teſtamentariſche Tutel über Pupillen [89]) Statt.

S. 870. f. und Schweppe Röm. Rechtsgeſchichte und Rechtsalterthümer §. 423.

85) Gajus I. §. 154.

86) Commentar Th. 28. §. 1298. S. 442. f.

87) Comment. a. a. O. S. 461. ff.

88) Gajus I. §. 189. S. den Comment. a. a. O. Not. 21.

89) Von dieſer teſtamentariſchen Tutel handeln *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 4. (Vol. II. pag. 24—46. edit. *Norimberg.* noviss. a VV. ill. Koenigio inchoat. et a Buchero continuat.) *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. 8—11. p. 82—116. *Jo. Pet. de* Ludewig Diss. Diff. iur. Rom. et Germ. in tutelis testamentaria et legitima. *Halae* 1712. 4. (in *Opuscul. miscellan.* Tom. II. pag. 1071—1114.) *Corn. van* Gessel Diss. de tutela testamentaria. *Traj. ad Rhen.* 1703. 4. und *Jo. Ulr.* Roeder

Die teſtamentariſche Tutel über Weiber iſt längſt vor Juſtinian erloſchen. Daher fällt auch jetzt der Unterſchied weg, den Gajus [90]) bey der teſtamentariſchen Tutel zwiſchen Söhnen und Töchtern macht. Der Vater kann den Töchtern auch nur, wie den Söhnen, bis zur Mündigkeit einen Tutor geben.

Unter der teſtamentariſchen Vormundſchaft wird nun überhaupt diejenige Tutel verſtanden, welche in einer letztwilligen Diſpoſition ihren Grund hat. Dieſe iſt nun entweder auf eine geſetzmäßige Art beſtellt worden, ſo daß ſie nach dem Römiſchen Rechte ipso iure gilt, d. h. ſchon an und für ſich die volle Wirkſamkeit hat, oder nicht, ſondern es muß noch die obrigkeitliche Beſtätigung hinzukommen, wenn ſie zu Recht beſtehen, und von Wirkung ſeyn ſoll. Im erſten Falle wird ſie im eigentlichen Sinne des Römiſchen Rechts *testamentaria tutela* genennt [91]), ſie heißt auch eine vollkommen teſtamentariſche Tutel, (*T. T. perfecta*); im andern Falle wird ſie eine uneigentliche, eine unvollkommene teſtamentariſche Vormundſchaft, (*T. T. impropria, imperfecta*, oder *minus plenā*) genennt [92]). Von der Confirmation der letztern wird in dem folgenden Titel gehandelt. Hier iſt von der erſtern die Rede.

Symbola ad ius tutelae testamentariae collata. *Coburgi* 1772. 8.

90) Comm. I. §. 144 et 145.

91) *L.* 3. *D. h. t.* Ulpian. Sed eos demum testamento datos (*tutores*) accipere nos oportet, *qui iure dati sunt.*

92) S. Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 319.

Die testamentarische Tutel im eigentlichen Sinne des Röm. Rechts besteht also darin, wenn der Vater oder väterliche Großvater den in seiner väterlichen Gewalt befindlichen unmündigen Descendenten, gleichviel, ob dieselben zu Erben eingesetzt worden, oder enterbt sind, ohne Unterschied des Geschlechts und Grades, wenn sie nur durch den Tod des Testirers sui iuris werden, auch den postumis, sofern sie nämlich, bey seinem Leben gebohren, in seine Gewalt gekommen seyn würden, in seinem Testamente, vorausgesetzt, daß es an sich Gültigkeit hat, und die Erbschaft angetreten wird, auch das Testament nachher nicht ungültig geworden ist, oder auch in Codicillen, welche in einem neben demselben befindlichen gültigen Testamente bestätiget worden sind, einen dazu geeigneten Tutor, gleichviel, derselbe sey sui iuris, oder filiusfamilias, wenn er nur eine genau bezeichnete Person, und erbfähig ist, nach seinem Gefallen, bedingt oder unbedingt, ernennt. Diesen Begriff bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 1. D. h. t. Gaius *libro XII. ad Edictum provinciale.* Lege duodecim tabularum permissum est *parentibus*, liberis suis, sive feminini sive masculini sexus, *si modo in potestate sint*, tutores testamento dare. §. 1. Item scire debemus, etiam *postumis filiis*, vel *nepotibus*, vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, *ut si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint, neque testamentum rupturi.* §. 2. Item ignorandum non est, eum, qui filium in potestate, et nepotem ex eo aeque in potestate habebit: si nepoti tutorem dederit, ita recte dedisse videri, *si nepos post mortem eius in patris sui potestatem recasurus non sit:* quod evenit,

si vivo testatore filius in potestate eius esse desierit.

L. 3. D. eodem. Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui *codicillis testamento confirmatis* scripti sunt.

L. 4. eod. Modestinus *libro VII. Differentiarum.* Pater herede instituto filio vel *exheredato*, tutorem dare potest.

§. 3. *I. de tutelis.* Permissum est itaque *parentibus* liberis impuberibus, *quos in potestate habent*, testamento tutores dare, et hoc in filios filiasque omnimodo procedit. *Nepotibus* tamen *neptibusque* ita demum parentes possunt testamento tutores dare, *si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri* [93]).

§. 4. *I. eodem.* Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habentur, et in hac causa placuit non minus *postumis*, quam iam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, *ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent* [94]).

L. 9. D. h. t. Pomponius *libro III. ad Quintum Mucium.* Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt: *si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent:* nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant [95])

93) S. Gaji *Veron. Institut. Comment. I.* §. 146.

94) S. Gajus *Comm. I.* §. 147.

95) S. *Greg.* Majansius ad h. L. in Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta. Tom. I. pag. 258. sq.

L. 20. *D. h. t. Paulus libro XXXVIII. ad Edictum.* Tutor *incertus* dari non potest [96]). §. 1. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is Praetor sive Consul sit: quia *lex duodecim tabularum* id confirmat.

L. 21. *D. eodem.* IDEM *libro VIII. Brevium.* Testamento tutores lii dari possunt, *cum quibus testamenti factio est.*

Pr. I. Qui dari tutores testam. poss. Dari autem potest tutor testamento non solum *paterfamilias*, sed etiam *filiusfamilias.*

L. 26. §. 2. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro IV. Responsorum.* Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet. Eventus iudicatae rei declarabit, utrum *ex testamento patris*, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit [97]).

L. 31. *D. h. t.* SCAEVOLA *libro IV. Quaestionum.* Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius *ruptum* dicatur *nato postumo*: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

L. 8. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXIV. ad Sabinum.* Tutorem autem *et a certo tempore* dare, et *usque ad certum tempus* licet, et *sub conditione*, et *usque ad conditionem.*

§. 3. *I. Qui testam. tutores dari poss.* Ad cer-

96) S. §. 1301. S. 77. ff.

97) S. §. 1302. a. S. 141. ff.

tum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem, non dubitatur.

Die Worte des Gesetzes der XII Tafeln, worauf sich Gajus und Paulus in den hier angeführten Fragmenten bezogen haben, hat Ulpian aufbehalten, gegen dessen Glaubwürdigkeit um so weniger ein Zweifel eintreten kann, da der Jurist deutlich seine Absicht zu erkennen giebt, die Textesworte der XII Tafeln zum Beweise anzuführen, daß die testamentarische Tutel von den Decemvirn ausdrücklich anerkannt worden sey. Ulpian sagt nun *Fragmentor. Tit. XI.* §. 14.

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Tabularum, his verbis: UTI LEGASSIT[98]) SUPER PECUNIA, TUTELAVE SUAE REI[99]), ITA IUS ESTO: qui *tutores dativi* appellantur.

98) Der Zusatz: PATERFAMILIAS, den hier CUJACIUS ad h. l. *Jac.* GOTHOFREDUS in quatuor fontib. iuris civ. *Jo.* CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta Tit. I. §. 9. pag. 9. sq. (*Lugd. Batav.* 1774. 4.) u. a. machen, wenn er gleich die Auctorität von CICERO *de inventione rhetor. Lib. II. cap.* 50. und von dem AUCTOR AD HERENNIUM Lib. I. cap. 13. für sich hat, erscheint hier offenbar als verdächtig, und ist daher mit Recht als unächt zu verwerfen. S. den Aufsatz: Unächtheit des PATERFAMILIAS *uti* legassit, in den XII Tafeln, von Erb in Hugo's civilist. Magazin. B. IV. Nr. 15. S. 462 ff. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justin. S. 166. Z. 5—10. und Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der zwölf Tafel-Fragmente. Kap. XI. Tab. V. Fragm. 3. S. 324. ff.

99) Ueber die wahre Lesart sind die Rechtsgelehrten noch im

Die in den Gesetzen der XII Tafeln anerkannte Zulässigkeit der Ernennung testamentarischer Vormünder wird auch noch durch folgende Zeugnisse bestärkt.

Zweifel. *Jo.* Cannegieter c. l. pag. 10. glaubt alle Schwierigkeit sey beseitiget, wenn man liest: *super pecunia, tutelave, suave re.* Eben so, ja als gewiß, Hugo im Lehrbuch der Gesch. des Röm. Rechts S. 166. der 8. Aufl. Dahingegen hält *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 17. pag. 178. das *tutelave* für einen unächten Zusatz, der nicht in den XII Tafeln gestanden, sondern der interpretatio Prudentum angehöre, wie aus *L.* 120. *D. de Verb. Signif.* erhellen soll. Er glaubt, die Textesworte in der 5. Tafel hätten so gelautet: *Paterfamilias uti legassit super familiae pecuniaeve suae, ita ius esto.* Daß die Worte *familiae pecuniaeve* von den Alten häufig verbunden worden, habe *Pet.* Burmann ad Petron. Cap. ult. erwiesen. Allein Haubold folgt dem Heineccius Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Lib. I. Tit. 13. §. 2. Not. 1. pag. 164. (*Francof. ad Moen.* 1822.), und hält die von Ulpian in der angeführten Stelle seiner Fragmente referirten Textesworte für die verba legitima. Nur tadelt er den Heineccius, daß er die Worte *suae rei* auf die Kinder in potestate bezogen habe. *Ger.* Noodt Observation. Lib. II. cap. 19. hingegen will die Worte: *rei suae* nicht als ächt anerkennen; er hält sie für einen Zusatz aus der Feder eines studiosi iuris. Die wahre Lesart sey: super pecunia tutelave sua. Man sehe auch desselben Commentar. ad Dig. h. t. Princ. Allein die Aechtheit der Worte: rei suae setzen Gajus *Instit. Comment. II.* §. 224. Pomponius *L.* 120. *D. de Verb. Signif.* und Justinian *Pr. J. de Lege Falcid.* und *Nov. XXII. Cap.* 2. außer Zweifel. Tutela sua erklärt Noodt von der tutela eius, *qui suus testatori heres est*, welches aber Heineccius c. l. Not. a.

L. 53. pr. D. de Verbor. Signif. PAULUS *Libro LIX. ad Edictum.* Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur, et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud Veteres: *Adgnatorum gentiliumque*, QUE pro separatione accipitur. At cum dicitur: SUPER PECUNIAE TUTELAEVE SUAE [100]), tutor separatim sine pecunia dari non potest.

pag. 165. mit Recht verwirft. *Ger.* MEERMAN in Diss. de rebus mancipi et nec mancipi. (*Lugd. Bat.* 1741. 4.) §. 112. will ſtatt *suae rei* lieber *sui eris*, id est, heredis leſen. Allein die aus Gajus, Pomponius und Juſtinian angeführten Stellen widerſprechen. Warum aber in dieſen Stellen die Worte *super pecunia tutelave* weggelaſſen worden ſind, ſcheint den Grund zu haben, weil dort kein ſo unmittelbares Intereſſe vorhanden war, die Worte des Decemviral-Geſetzes vollſtändig anzugeben, als Ulpian hatte, der gerade das Geſetz zum Beweiſe anführte, daß die Decemvirn über die Zuläßigkeit der Ernennung teſtamentariſcher Vormünder etwas ausdrückliches beſtimmt hätten, er konnte alſo jene Worte in ſeinem Citat auf keine Weiſe entbehren. S. Dirkſen angef. Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Herſtellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 333. ff.

100) Die Vulgata lieſt: *super pecunia tutelave sua.* So auch einige alte Handſchriften. Die meiſten haben jedoch der florentiniſchen Lesart den Vorzug zuerkannt, ſo wie auch Beck in der neueſten Ausgabe vom *Corp. iur.* und CRAMER de Verb. Signif. p. 26 Man erklärt dieſe Redeform für einen bey den Römern nicht ungewöhnlichen Atticismus. S. jedoch Dirkſen angeführte Ueberſicht. S. 336.

L. 120. *D. de Verbor. Sign.* POMPONIUS *libro V. ad Qu. Mucium.* Verbis *Legis duodecim Tabularum* his: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, *tutelas quoque constituendi.*

Die Erforderniſſe einer eigentlichen teſtamentariſchen Tutel ſind alſo folgende.

1) Sie kann nur von einem väterlichen Aſcendenten über ſolche Kinder beſtellt werden, die in ſeiner Poteſtas ſind, oder darin geweſen ſeyn würden, wenn er am Leben geblieben wäre; alſo vom Vater oder väterlichen Großvater. Gajus [1]) ſagt: *Testamentarii sunt*, quos *patres* aut *avi paterni* in testamento suo tutores filiis, aut nepotibus delegaverint. Und Scävola [2]) *libro singulari* Ορων: Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, *quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixissit.* Die teſtamentariſche Tutel iſt daher ein Recht der väterlichen Gewalt [3]).

2) Ein teſtamentariſcher Vormund kann nur ſolchen unmündigen Kindern gegeben werden, welche nach dem Tode des Teſtirers *sui iuris* werden. Es geht dieſes zunächſt auf Enkel und Enkelinnen, welchen der Großvater nur dann einen teſtamentariſchen Vormund beſtellen kann, wenn ſie nach ſeinem Tode nicht in die Poteſtas ihres Vaters zurückfallen werden. Denn kein filiusfamilias

1) *Epitom. Institut.* Lib. I. Tit. 7. §. 2. (in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 63. sq.)

2) *L.* 73. §. 1. *D. de div. Reg. iur.*

3) *L.* 40. *D. de administr. tutor.*

kann einen Tutor haben, wenn er gleich Tutor seyn kann [4]). Es kann auch der Enkel kein suus heres seyn, wenn ihm beym Tode des Großvaters, der Vater, der nun selbst erst sui iuris geworden ist, in der Familie vorgeht [5]). Es ist also nicht genug, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind, sie müssen auch sui heredes vom Testirer seyn, wie Scävola [6]) sagt.

3) Die Ernennung des Vormundes muß in einem an sich gültigen Testamente geschehen [7]), oder in einer solchen letzten Willensverordnung, die als ein Theil des Testaments betrachtet wird. Dieß sind die *codicilli testamento confirmati.* Denn die darin ernannten Vormünder werden für testamentarische gehalten [8]).

4) Die Erbschaft muß aus dem Testamente angetreten werden [9]) Denn nicht gleich mit dem Tode des Testirers, wie ein Legat, sondern erst mit Antretung der Erbschaft wird die Tutel deferirt, weil sie nicht auf die Erben übergeht [10]).

4) S. Vinnius Comm. ad §. 3. t. h. t. *Ulr.* Huber Praelect. in Institut. I. h. t. §. 4.

5) S. *Franc.* Hotoman Comment. ad §. 3. Institut. h. t. pag. 67.

6) *L.* 73. §. 1. *D. de div. Reg. iur.* S. *Jac.* Gothofredi Comm. ad h. L. pag. 317. sq.

7) *L.* 9. *D. h. t.*

8) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

9) *L.* 10. *D. h. t.*

10) *L.* 16. *D. de tutelis.* S. *Jac.* Cujacii Comment. in Lib. VI. Quaestion. Pauli ad L. 31. §. 1. D. de excusat. tutor. (in *Oper. postum.* a Fabroto *edit.* Tom. II. pag. 1094.) und *Gregor.* Majansii Commentar. ad

Paulus sagt *libro sexto Quaestionum* [11]:

Non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quaeratur, quae prior delata sit tutela: sed *aditae hereditatis*, vel *conditionis existentis.*

Eben so Tryphonin *libro tertio decimo Disputationum* [12].

Sed verum est, *non ante esse tutorem*, quam dies venerit: nam nec *antequam adita sit hereditas.*

Es ist jedoch genug, wenn von mehreren Erben auch nur Einer die Erbschaft angetreten hat [13]. Denn da nun eine Hinfälligkeit des Testaments nicht mehr zu befürchten ist, wenn auch die übrigen Erben alle die Erbschaft ausschlagen, so tritt die Tutel nach dem Röm. Rechte sogleich ein, und es braucht also nicht abgewartet zu werden, bis alle die Erbschaft angetreten haben. Hieraus erklärt sich der Ausspruch des Paulus *libro III. ad Sabinum* [14]. Tutores non ab herede, *sed a testatore protinus proficiscuntur, simulatque aliquis heres extitisset.* Nam et ipse heres tutor dari potest. Der Tutor erhält die Tutel nicht vom Erben, sondern vom Testator. Daher kann er die Tutel antreten, sobald ein Erbe da ist. Der Erbe kann sogar selbst zum Vormund

XXX. JCtorum omnia fragmenta. Tom. I. ad L. 9. D. h. t. pag. 258. sq.

11) *L.* 31. §. 1. *D. de excusation.*

12) *L.* 45. §. 1. *D. eodem.*

13) *L.* 9. *D. h. t.*

14) *L.* 7. *D. eodem.* S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 4. §. 23. und *Jan. a* Costa Commentar. ad §. 3. J. Qui testam. tutores dari poss.

ernannt werden, und die Ernennung des teſtamentariſchen Vormundes konnte ſchon nach dem ältern Rechte auch vor der Erbeneinſetzung geſchehen, wie der folgende §. lehren wird.

5) Das Teſtament muß auch nachher ſeine Gültigkeit nicht wieder verloren haben. Gajus [15]), indem er der postumorum gedenkt, macht es zur ausdrücklichen Bedingung: *neque testamentum rupturi:* auch Scävola [16]) gedenkt des testamenti rupti. Die postumi müſſen alſo entweder zu Erben eingeſetzt, oder auf eine geſetzmäßige Art enterbt werden, wenn ſie das Teſtament nicht rumpiren ſollen [17]). Eben ſo verliert die teſtamentariſche Tutel ihre Gültigkeit, wenn der Erbe die Erbſchaft nicht angetreten hat, wie Pomponius [18]) ſagt. Hat der Vater ſelbſt ſein Teſtament wieder aufgehoben, oder in Anſehung der Beſtellung des Tutors ſeinen Willen geändert, ſo gilt die neueſte Verfügung. So lehrt Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* [19]).

In tutelis testamentariis id sequimur, *quod novissimum est*: et si saepius tutor datus sit, novissimam scripturam intuemur.

Hat jedoch der Vater blos in einem Codicill einen andern Tutor ernannt; ſo iſt dieſes nicht ſogleich für eine Aufhebung der im Teſtament geſchehenen Ernennung zu

15) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

16) *L.* 31. *D. eodem.*

17) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Igitur effectum est.* (*Opp.* T. II. pag. 539.)

18) *L.* 9. *D. h. t.*

19) *L.* 10. §. 1. *D. de testam. tut.*

halten, sondern es wird dieses so angesehen, als wäre beyden die Tutel gemeinschaftlich übertragen, wofern nicht deutlich erhellet, daß der Testirer die im Testament enthaltene Vormundschaftsbestellung hierdurch habe wieder aufheben wollen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 34. *D. h. t.* SCAEVOLA *libro X. Digestorum.* Cum codicillis ideo alios tutores dare significasset, quoniam testamento datos quosdam defunctos, aut excusationem habere posse comperisset: an nihilominus qui eorum viverent, nec excusati essent, tutores permanerent? Respondit, *nihil proponi, cur non permanerent.*

L. 2. *Cod. eodem.* Imp. ANTONINUS. Etsi a patre tuo testamento iure tibi tutor datus, eo tempore, quo heres extitisti, in rebus humanis fuit, tamen codicillis alius tutor recte datus est, et uterque propter voluntatem testatoris tutor est: *nisi testamento datum pater, alium codicillis dando, reprobaverit, tunc enim posterior solus tutor erit.*

Nach den Gesetzen dieses Titels [20]) entkräftet auch die Rescission des Testaments durch die querela inofficiosi die testamentarische Tutel. Allein nach dem Justinianeischen Rechte bleibt sie gültig [21]).

6) Der ernannte Tutor muß nicht nur überhaupt zur Tutel fähig seyn [22]), und zwar zur Zeit der Delation; — denn die Ernennung eines temporär Unfähigen bleibt, so lange das Hinderniß dauert, ohne Wirkung,

20) *L.* 26. §. 2. *D. h. t.*

21) *Nov. CXV. Cap.* 3. *in fin.*

22) S. §. 1300.

und gilt nur als eine bedingte [23]); — sondern es darf auch a) keine ungewisse, zur Zeit der Ernennung dem Individuum nach unbekannte Person seyn [24]); muß b) wegen des Zusammenhangs mit dem Testamente die Erbfähigkeit haben [25]); und c) die Ernennung desselben in einem schriftlichen Testamente nicht durch die eigne Hand des Vormundes geschehen seyn. Denn dieses widerstreitet dem Geiste des Libonianischen Senatusconsultums [26]).

7) Nach den Gesetzen der Pandecten soll auch der Tutor eben so, wie der Erbe, direct, nicht durch Fideicommiß, ernannt, und genau bestimmt werden, für welches Kind er Vormund seyn solle. Eine solche Vormundschaftsbestellung, bey welcher es der Willkühr des Tutors überlassen worden ist, ob er dieses oder eines andern Kindes Tutor seyn wolle, wird für ungültig erklärt. Das erstere erscheint nicht nur daraus, weil Modestin *L.* 1. §. 1. *D. de confirmando tutore* zu den Fällen, wo der testamentarische Vormund von der Obrigkeit confirmirt werden muß, auch den rechnet, si pater dixerit: *Precor te curam habere rerum*, (παραχαλῶ ἐπιμέλεσθαι τῶν

23) §. 3. *J. Qui dari tutores testam. poss.* *L.* 11. *D. de tutelis.* *L.* 10. §. 3. *D. de testam. tut.* *L.* 10. §. 7. *D. de excusat.*

24) §. 27. *J. de legat.* *L.* 20. *pr. D. h. t.* *L.* 30. *D. eodem.* S. Donellus Cap. IV. §. 21.

25) *L.* 21. *D. de testam. tut.*

26) *L.* 29. *D. h. t.* *L.* 18. §. 1. *D. de lege Cornelia de falsis.* S. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. B. VI. Erört. 54. S. 143. f.

πραγμάτων) scilicet *filii mei impuberis*, welches offenbar auf ein Fideicommiß hindeutet [27]); sondern eben dieses bestärken auch die Worte des oben angeführten Gesetzes der XII Tafeln: *Uti* LEGASSIT *super pecunia tutelave*; denn LEGARE heißt ja, wie Ulpian [28]) sagt: *legis modo*, id est, *imperative* testamento aliquid relinquere. Hierzu kommt nun aber noch das vollends ganz entscheidende Zeugniß des Gajus, welcher in seinen wieder aufgefundenen Institutionen [29]) sagt: Tutor non aliter testamento dari potest, quam *directo*, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIUM TUTOREM DO: *per* FIDEICOMMISSUM *vero dari non potest*. Noch an einem andern Orte [30]) sagt eben dieser Gajus: Rectissime autem tutor sic dari potest: LUCIUM TITIUM LIBERIS MEIS TUTOREM DO: sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, recte datus intelligitur. Diese Formeln kommen auch häufig in

27) Unrichtig hat diese Worte *Ant.* AUGUSTINUS ad Modestinum de excusationibus (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 560.) davon verstanden, wenn der Tutor blos für einen einzelnen Gegenstand ernannt worden. Eine solche Ernennung wird auch von der Obrigkeit nicht beachtet, weil sie ganz ungültig ist. *L.* 14. *et* 15. *D. h. t.* S. *van* VREHOFF Observation. iuris civ. Cap. IX. pag. 41.

28) *Fragm. Tit. XXIV.* §. 1. S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Dixi a quibus pag. 541.

29) *Commentar. II.* §. 289.

30) *Comm. I.* §. 149. S. den 28. Th. dieses Commentars §. 1298. S. 445. f.

den Pandecten [31]) vor. Im Codex ist diese unnütze Förmlichkeit der Worte schon längst vor Justinian durch die Constitution der Kaiser Constantinus, Constantius und Constans [32]) aufgehoben, so daß es nun nach dem neuern Röm. Rechte gleichviel ist, ob die Ernennung des Vormundes im Testamente verbis imperativis et directis oder precativis et inflexis geschieht. Sie fällt nun vollends weg, nachdem Justinian [33]) den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, namentlich auch in Ansehung der Förmlichkeit der Worte, aufgehoben hat.

Daß aber der Wahl des Tutors nicht frey gegeben werden dürfe, ob er von diesem oder einem andern Kinde des Testirers Vormund seyn wolle, lehrt Africanus *libro VIII. Quaestionum* [34]):

Tutor ita recte non datur, *illi aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto.* Quid enim dicemus, si Titius constituere nolit, utri ex filiis tutor esse velit?

Gültig hingegen ist die Ernennung des Tutors geschehen, wenn die Person des Pupillen gewiß ist, sey denn auch die Uebernehmung der Vormundschaft in seinen Willen gestellt, wie ebenfalls African sagt:

31) *L.* 8. §. 3. *L.* 10. §. *ult.* *L.* 16. *pr.* *L.* 23. *L.* 32. §. 2. *L.* 33. *h. t.*

32) *L.* 15. *C. de testam.* (VI. 23.) *L.* 21. *Cod. de legatis.* (VI. 37.) Das letzte Gesetz ist ein Theil des ersten. S. Spangenberg ad L. 15. Cod. cit. not. 40. (Tom. II. *Corp. iur. civ.* pag. 353.)

33) *L.* 2. *Cod. Communia de legatis.* (VI. 43.)

34) *L.* 23. *D. h. t.*

Ita autem recte tutor dabitur: *Titius, si volet, illi filio meo tutor esto.*

Nur in jenem Falle müßte also die ungültig geschehene Ernennung des Tutors obrigkeitlich bestätiget werden, wenn sich der Tutor dennoch entschlöße, die Vormundschaft von einem der Kinder des Testirers, oder von allen zu übernehmen [35]). Der Vormund darf auch endlich

8) nicht blos für einzelne Gegenstände und Geschäfte, sondern er muß für das ganze Vermögen bestellt werden [36]).

Aus dem allen erklärt sich nun die Stelle des Modestinus *libro VI. Excusationum.* Die Worte Modestins in der *L.* 1. §. 1. *D. de confirm. tutore* lauten im Griechischen so: Εἰσί τινες οἱ διδόμενοι ὀρθῶς κατὰ διαθήκας ἐπίτροποι, τουτέστι καὶ ὑφ' ὧν ἐχρῆν, καὶ οἷς ἐχρῆν, καὶ ὅν τρόπον ἐχρῆν, καὶ ὅπου ἐχρῆν. Πατὴρ γὰρ υἱοῖς, ἢ ἐκγόνοις, οὕς ἔχει ἐν ἐξουσίᾳ, ὀρθῶς δίδωσιν ἐπίτροπον, ἀλλ' ἐν διαθήκῃ. i. e. *Sunt quidam, qui recte dantur testamento tutores: hoc est, et* A QUIBUS *oportet, et* QUIBUS *oportet, et* QUOMODO *oportet, et* UBI *oportet. Pater enim filiis, vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed in testamento* [37]).

§. 1306.

Recht der testamentarischen Tutel.

Die testamentarische Vormundschaft ist ein Recht der väterlichen Gewalt [38]). Sie ist daher nicht blos ein Recht

35) S. Cujacius Comm. ad Africanum Tract. IX. ad h. L. 23. h. t. und Donellus Lib. III. cap. 4. §. 21.

36) *L.* 13. 14. *et* 15. *D. h. t.* S. den 28. Th. §. 1298. S. 440. f.

37) S. Donellus c. l. §. 3—9.

38) *L.* 40. *D. de admin. tutor.*

des Vaters, wie Helfeld ſagt, ſondern auch des väterlichen Großvaters, welcher die väterliche Gewalt über ſeine Enkel hat, wenn ſie nur nicht nach dem Tode des Großvaters in ihres Vaters Gewalt fallen, wie Gajus [39]) ausdrücklich ſagt. Daher kann weder die Mutter, oder ſonſt ein mütterlicher Aſcendent [40]), noch ein Dritter, wenn er auch das unmündige Kind zum Erben einſetzt [41]); ja nicht einmal des Vaters Bruder [42]), einen Vormund im Teſtament, ohne Confirmation der Obrigkeit, ernennen. Der Vater kann aber auch einem enterbten Kinde einen Tutor beſtellen, ohne daß eine Confirmation erforderlich iſt [43]). Denn die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf, und das enterbte Kind hört daher auch nicht auf suus heres zu ſeyn [44]). Allein einem emancipirten Kinde kann der Vater eben ſo wenig, als einem natürlichen Kinde, wenn er es auch zum Erben einſetzt, ohne Confirmation einen Tutor in ſeinem Teſtamente ernen-

39) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* §. 3. *J. de tutel.*

40) *L.* 4. *D. h. t. L.* 1. §. 1. *L.* 2. *D. de confirm. tutore.*

41) *L.* 1. §. 1. *L.* 4. *D. de confirm. tutore.*

42) *L.* 5. *D. de confirm. tut.*

43) *L.* 4. *L.* 26. §. 2. *L.* 31. *D. de testam. tut.* S. *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. VIII. §. *Prima.* (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. selectiss. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 70—74). S. §. 1302. a. S. 144. Not. 32.

44) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Hoc loco* (*Operum* Tom. II. pag. 539 sq.) und Donellus Lib. III. Cap. 4. §. 9.

nen [45]). Wer einen Pupillen zum Erben einsetzt, über den er keine Potestas hat, er sey Vater, Mutter, oder ein Dritter, und ihm einen Vormund ernennt, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur, sagt Modestin *L.* 4. *D. h. t.*

Der Vater kann jedoch seinen unmündigen Kindern anders keinen Tutor bestellen, als wenn er zugleich über sein Vermögen ein gültiges Testament errichtet [46]), er mag denn entweder in diesem, oder in einem confirmirten Codicill die Bestellung vornehmen. Ob in einem privilegirten Testamente der Eltern unter ihren Kindern eine Vormundschaftsbestellung auf eine so gültige Art geschehen könne, daß sie keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedürfe, war unter den ältern Rechtsgelehrten besonders in dem Falle streitig, wenn der Tutor ein extraneus ist. Die herrschende Meinung war die verneinende [47]). Allein die neuern Rechtsgelehrten [48]) sind darin ziemlich einverstanden, daß der Vater

45) §. 5. *J. de tutelis. L.* 7. *D. de confirm. tut.*

46) *L.* 53. *pr. D. de Verb. Signif.* Tutor separatim *sine pecunia* dari non potest. Das Wort *pecunia* wird hier für *hereditas* genommen. Auch Cicero *Topicor.* cap. 8. sagt: *Hereditas est pecunia.* S. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Dixi de modo.* pag. 542. Vort Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. in fin. und den 28. Th. des Commentars §. 1298. S. 439.

47) S. Montanus Cap. VIII. nr. 7. et 8. pag. 85. *Sam.* Stryk Disp. de iure testandi inter liberos. Cap. IV. nr. 3—8. Berger Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 563. Hahn ad *Wesenbecium* h. t. nr. 2.

48) S. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 708. a. *E.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 503. Not. 10. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen

ſeinen unmündigen Kindern auch in einem unter ihnen errichteten privilegirten Teſtamente Vormünder gültig ernennen könne. Denn es können in einem ſolchen Teſtamente nur keine personae extraneae als Erben oder Legatare, ohne Zuziehung von Zeugen, bedacht werden. Tutoren ſind aber weder das Eine noch das Andere. Denn auf ſie paßt nicht, was in der *L.* 21. §. 1. *C. de testam.* geſagt iſt: Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, *sed liberis accrescere.* Nun ſagt Caius *Institution. Commentar. II.* §. 231. ſehr treffend: nihil ex hereditate erogatur tutoris datione. Es kann auch wohl gewiß an der Gültigkeit eines durchaus an eine beſtimmte Form gebundenen Teſtaments, welches ſogar anders nicht, als durch ein testamentum posterius perfectum wieder aufgehoben werden kann[49]), mit Grund nicht gezweifelt werden. Die

Civilrechts. 3. B. V. Buch. §. 127. a. E. *M. J.* Euler Diss. de testamento et divisione parentum inter liberos. *Bonnae* 1823. §. 70. und *Car. Gust.* Mueller Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato. *Lipsiae* 1826. 4. §. 23. Anderer Meinung iſt zwar unter den neuern *Car. Frid.* Walch Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 5. wegen *L.* 2. *C. de confirm. tut.* und *L.* 21. §. 1. *C. de Testam.* Allein ſchon von den ältern Rechtsgelehrten hat *Lüd.* Mencken Disp. de codicillis parentum inter liberos ex privilegio conditis. *Lipsiae*, 1701. Th. 17. 18. et 19. die Nichtigkeit dieſer Gründe dargethan.

49) *Nov. CVII.* Cap. 1. et 2. S. Mueller Diss. cit. §. 9.

Verordnung des Kaisers Alexander [50]): Neque per epistolam, neque *ex imperfecto testamento* tutorem recte dari, indubitati iuris est, findet daher hier keine Anwendung, da sie von einem ungültigen Testamente spricht, welches Julian [51]) ein non iustum testamentum nennt, und deswegen eine obrigkeitliche Confirmation der darin bestellten Tutel für nöthig hält. Auf ein testamentum inter liberos privilegiatum kann dieses um so weniger gedeutet werden, da dieses zur Zeit des Kaisers Alexander noch unbekannt war. Nun wird zwar in der Constitution des Kaisers Theodos II. [52]) das Testament der Eltern unter ihren Kindern ein testamentum *imperfectum* genannt; aber nicht in Rücksicht der Gültigkeit, sondern der dabey nachgelassenen sonst erforderlichen Testamentsform [53]).

Da die testamentarische Tutel mit der testamentarischen Erbfolge gleichen Schritt hält; so schließt der testamentarische Tutor, eben so wie der Testaments-Erbe, den gesetzlichen Tutor, der ohnehin gewöhnlich auch der nächste Intestat-Erbe ist, aus, und so lange noch ein testamentarischer Tutor zu hoffen ist, kann die gesetzliche Tutel nicht eintreten, wie schon an einem andern Orte [54]) weiter ausgeführt worden ist. Der testamentarische Vormund verdient auch schon darum vor allen andern den Vorzug, weil die Gesetze dem Vater zutrauen, daß er einen solchen Tu-

50) *L.* 2. *C. de confirm. tutore.* (V. 29.)

51) *L.* 3. *D. de confirm. tut.*

52) *L.* 21. §. 1. *C. de testament.*. (VI. 23.)

53) S. *Jo. Car.* Kornig Diss. de parentibus inter liberos disponentibus. (*Marburgi* 1744.) Cap. II. §. 7.

54) S. den §. 1303. S. 160.

vor bestellt haben werde, dessen Treue und Fleiß er sorgfältig geprüft haben wird, wie es *Pr. I. de Satisdat. tutor. et curat.* heißt. Denn man muß glauben, der Vater habe kein rechtes Vertrauen zu dem gesetzlichen Vormund gehabt, daß er ihm einen Andern vorgezogen hat. Daher geht der testamentarische Vormund auch selbst der Mutter vor [55]). Wenn aber gleich der Vater auch, ohne einen Vormund zu ernennen, die Zulassung einer Person zur Vormundschaft in seinem Testamente oder Codicill verbieten kann [56]); welche alsdann von der Obrigkeit nicht zur Vormundschaft gelassen werden darf [57]); so kann doch durch ein solches Verbot allein die Mutter selbst nicht ausgeschlossen werden, wie ich schon an einem andern Orte [58]) gezeigt habe, obgleich viele [59]) anderer Meinung sind. Denn Justinian sagt in der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* Nam defuncti voluntatem *electionemque* praeferri volumus; wodurch er deutlich zu erkennen giebt, daß die Disposition des Vaters allein die Mutter nicht ausschließen soll, wenn nicht, statt ihrer, zugleich ein anderer Vormund gewählt, d. h. ernannt worden ist. Für die Mutter spricht auch, wie Justinian sagt [60]), φύσεως ἔρως εὐσεβὴς περὶ τοὺς παῖδας; i. e. *pius et naturalis erga liberos amor*, und diese befreit sie von allem Verdacht, so daß auch nicht einmal ein Schuldverhältniß zwischen ihr und ihren Kindern sie von der Tutel über dieselben aus-

55) *Nov. CXVIII. Cap.* 5.

56) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

57) *L.* 21. §. 2. *D. de tutorib. et curator. dat.*

58) S. §. 1300. S. 56 — 59.

59) S. die Note 96. S. 56.

60) *Nov. XCIV. Cap.* 1.

schließen soll. Diesen starken Grund kann das bloße Verbot des Vaters nicht entkräften, welches leicht einen Haß des Vaters gegen die Mutter zum Grunde haben könnte. Ist es dem Vater ein Ernst, die Mutter auszuschließen, so gebe er den Kindern selbst einen Vormund. Nun spricht das Gesetz gegen die Mutter.

Uebrigens ist der Vater bey der Bestellung des Vormunds ungebunden. Er kann den Vormund nach Gefallen unter einer jeden Zeitbestimmung, sie betreffe den Anfang der Uebernehmung der Tutel, oder das Ende der Verwaltung derselben, so wie unter jeder möglichen Bedingung, sie sey eine suspensive oder resolutive [61]), bestellen. Auch Personen einer andern Gerichtsbarkeit [62]), ja sogar Unfähige kann er ernennen, nämlich auf den Fall, wenn sie fähig werden, welches auch schon als stillschweigende Bedingung angenommen wird [63]). In solchen Fäl-

61) §. 3. *J. Qui dari tutores testam. poss.* *L.* 8. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* §. 2. *et* 5. *J. Quib. modis tut. finitur.* *L.* 14. *D. de tutelis.*

62) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

63) *L.* 10. §. 3. *et* 4. *h. t.* §. 2. *J. Qui dari tutor. testam. poss.* *L.* 10. §. 7. *D. de excusat.* Ob die Ernennung einer unfähigen Person zum Vormund, wenn sie unbedingt geschehen, gültig sey, war zwar unter den ältern Röm. Rechtsgelehrten streitig, wie aus *L.* 10. §. 3. *D. h. t.* erhellet, wo Ulpian sagt: Si furiosus testamento tutor detur, si quidem *cum furere desierit*, tutorem esse recte datum, Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Allein die entgegengesetzte Meinung, daß dieses schon als stillschweigende Bedingung anzunehmen sey, erhielt den Vorzug. Daher sagt Ulpian: Sed est verius, quod

len, da der Vormund unter einer Suspensiv-Bedingung, oder ex die bestellt worden ist, oder wegen zeitiger Unfähigkeit die Vormundschaft noch nicht übernehmen kann, wird bis dahin ein Vormund von der Obrigkeit bestellt, wenn auch gleich ein tutor legitimus da ist [64]). Eben dieses geschieht, wenn der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat [65]), desgleichen, wenn der postumus, für den der Tutor vom Vater bestellt worden, noch nicht gebohren ist [66]). Denn so lange der postumus das Licht der Welt noch nicht erblickt hat, kann der Tutor die Vormundschaft nicht antreten, ja er ist bis dahin noch nicht einmal als Vormund zu betrachten. Hätte er dennoch die Tutel inzwischen verwaltet, und der postumus ist nachher nicht gebohren, so findet gegen denselben nicht die actio tutelae, sondern negotiorum gestorum statt. Eben diese Klage ist auch in dem Falle nur allein anwendbar,

et Pomponius ait, *recte videri datum*, et tunc fore tutorem, *cum sapere coeperit*. S. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Dixi*, *a quibus*. pag. 541.

64) *L.* 11. *pr. D. h. t.* Ulpianus. Si quis *sub conditione*, vel *ex die* tutorem dederit, *medio tempore alius tutor dandus est:* quamvis legitimum tutorem pupillus habeat. Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. — *L.* 10. §. 7. *D. de excusat.* S. §. 1302. S. 134. f. und *Ern. Jo. Frid.* Mantzel Diss. de tutore interimistico. *Rostoch.* 1747. Cas. VIII—XI.

65) *L.* 10. *D. h. t.* S. §. 1302. S. 136. a. E. u. folg. S. Man vergleiche auch Höpfners Commentar über die Heineccischen Institut. §. 179. Not. 2.

66) *L.* 19. §. *ult. D. h. t.* Ulpianus. Testamento datus *postumo* tutor, nondum est tutor, nisi postumus edatur.

wenn, der postumus als ein rechtsfähiges Kind zur Welt gekommen, der Tutor aber, noch ehe er als Vormund Etwas verwaltet hat, von der Tutel entfernt worden ist. In dem entgegengesetzten Falle aber hat die actio tutelae statt, sowohl wegen dessen, was der Tutor vor der Geburt des postumus, als was er nachher als Vormund gethan hat. Callistratus sagt *libro III. Edicti monitorii* [67]*):*

Cum pater testamento POSTUMO tutorem dederit, isque tutelam interim administraverit, *nec postumus natus fuerit:* cum eo non tutelae, sed *negotiorum gestorum* erit agendum: quodsi natus fuerit postumus, *tutelae erit actio:* et in eam utrumque tempus veniet, et quo antequam nasceretur infans, gessit, et quo posteaquam natus sit.

Eben dieses bestätigt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [68]*):* Testamento datus POSTUMO tutor, nondum est tutor, *nisi postumus edatur.* Datur tamen adversus eum substituto pupilli *negotiorum gestorum actio:* sed si partus editus fuerit, deinde hic tutor prius quam quicquam gereret, remotus a tutela fuerit, et hic *eadem actione* tenebitur. Si quid plane gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, *tutelae iudicio* tenebitur, et omnis administratio in hac actione veniet.

Daß der Tutor auch noch vor der Erbenseinsetzung im Testament ernannt werden könne, wie Justinian [69])

67) *L.* 29. *D. de negot. gestis.*

68) *L.* 19. §. *ult. D. h. t.*

69) §. 3. *J. Qui testam. tut. dari poss.*

ſagt, hat vollends keinen Zweifel, weil nach dem Juſtinianeiſchen Rechte der ordo scripturae auch bey Vermächtniſſen nicht mehr berückſichtiget werden ſoll. Unter den ältern Röm. Juriſten war dieſes freilich ſehr ſtreitig. Denn die Sabinianer wollten die Rechtsregel, daß Legate nicht vor der Erbeinſetzung ihren Platz erhalten dürfen, auch auf die Ernennung eines teſtamentariſchen Tutors angewendet wiſſen. Allein ſchon die Praculianer machten auf den innern Unterſchied der tutoris datio, und der Vermächtniſſe aufmerkſam, und, indem ſie den Grund jener Rechtsregel in dem materiellen Character eines Legats, als einer delibatio hereditatis[70]), ſuchten, welches Merkmal bey der tutoris datio, als ſolcher, wegfällt; ſo läugneten ſie ganz conſequent die Anwendbarkeit derſelben auf die Ernennung eines teſtamentariſchen Tutors[71]).

Eben ſo uneinig waren die ältern Röm. Rechtsgelehrten bey der Entſcheidung des Falles, wenn der Tutor im Teſtamente blos in subsidium d. h. unter der Bedingung ernannt worden, daß der zuerſt berufene Tutor nicht am

70) *L.* 116. *D. de legat. I.*

71) Gajus Comm. II. §. 229. *Ante heredis institutionem inutiliter legatur*, scilicet, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. §. 230. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest. § 231. *Nostri Praeceptores* nec tutorem eo loco dari posse existimant. Sed Labeo et Proculus tutorem posse dari putant, *quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.* Unter nostri praeceptores verſteht Gajus, der ein offenkundiger Anhänger Capito's war, die Sabinianer. S. Dirkſen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. 1. Abhandl. §. 3. S. 21. und Lap. 2. §. 1. S. 72.

Leben seyn sollte. Von den Sabinianern, zu denen Trebatius gehörte, ward dieses streng wörtlich gedeutet, und der subsidiär berufene Vormund nur alsdann zugelassen, wenn der zuerst ernannte beym Tode des Erblassers nicht mehr am Leben war. Labeo und Proculus hingegen, mehr die Absicht des Disponenten, als den Wortverstand der letztwilligen Verfügung im Auge habend, faßten die Worte der Bedingung: *si non vivat*, im weitern Sinne auf, und ließen den zweyten Tutor auch alsdann einrücken, wenn der erste nach dem Erblasser, nachdem er schon einige Zeit die Tutel verwaltet hatte, gestorben war, wie aus folgender Stelle des Javolenus erhellet:

L. 33. *D. h. t.* Tutoribus ita datis: *Lucium Titium tutorem do, si is non vivit, tum Gaium Plautium tutorem do.* Titius vixerat, et tutelam gesserat, deinde mortuus erat. Trebatius negat, ad Plautium pertinere tutelam: Labeo contra. Proculus, quod Labeo. Ego Trebatii sententiam probo, *quia illa verba ad mortis tempus referuntur.*

Javolenus gab also der Meinung der Sabinianer, oder hier des Trebatius Beyfall, und diese Meinung ist es, welche durch Aufnahme seines Fragments in die Pandecten gesetzliches Ansehen erlangt hat, obwohl der von ihm angeführte Grund: quia illa verba: *si non vivat*, ad mortis tempus referuntur, auf einer petitio principii beruhet. Denn da der Testirer nur von des Tutors Tode gesprochen hatte, so folgte daraus noch keinesweges auch die Bezugnahme auf des Erblaßers Tod [72]). Es hat daher keinen Zweifel, daß der subsidiär

72) S. Dirksen angeführte Beiträge. 1. Abh. Kap. 1. §. 2. Nr. V. S. 97 und 98.

berufene Vormund vermöge obrigkeitlicher Bestätigung in dem angeführten Falle zugelassen werden könne.

Das günstige Urtheil des Vaters, welches für die Tüchtigkeit des testamentarischen Vormundes spricht, amicissimos enim et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solent, sagt Paulus [73]), befreit ihn auch von der sonst nöthigen Satisdation; jedoch nur nach dem Röm. Rechte [74]), denn die deutschen Reichsgesetze [75]) verpflichten alle Vormünder ohne Unterschied, mithin auch die testamentarischen, sobald sie von der Obrigkeit zur Verwaltung authorisirt worden sind, rechtmäßige genugsame Caution zu leisten. Nach dem Römischen Rechte kann jedoch von mehreren testamentarischen Vormündern Einer Caution anbieten, um den übrigen vorgezogen zu werden, so daß er nun die Vormundschaft allein verwaltet [76]).

73) *L.* 36. *pr. D. de Excusat.*

74) *Pr. J. de satisdat. tutor. et curat.* Tutores testamento dati *satisdare* non coguntur: *quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. L.* 7. §. 5. *C. de curat. furiosi.* (V. 70.) Et si quidem parens curatorem furioso vel furiosae, in ultimo elogio heredibus institutis, vel exheredatis, dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, *paterno testimonio pro satisdatione sufficiente.*

75) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahre 1548. Tit. XXXI. §. 2 und 3. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Frankf. a. M. 1747. f. 2. Th. S. 603.) Desgleichen vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. (3. Th. S. 394. ff.) S. *Henr. Godofr.* Bauer Diss. Tutorem in testamento paterno scriptum ob solum defectum cautionis idoneae non posse repudiari. *Lips.* 1763. 4.

76) §. 1. *J. de satisdat. tutor. et curator.* Sed si ex testamento — duo pluresve dati fuerint, potest unus

Aber auch die Mitvormünder haben ein gleiches Recht. Denn sie können durch das Anerbieten des einen zur Cautionsleistung nicht schlechterdings von der Verwaltung ausgeschlossen werden, sondern es steht jedem Mitvormunde frey, durch angebotene Cautionsleistung die alleinige Verwaltung der Tutel zu erhalten. Sind sie alle zur Cautionsleistung bereit, so kann keiner den andern ausschließen, sondern sie verwalten nun die Vormundschaft gemeinschaftlich. Jedoch wird derjenige, welcher Caution leisten will, nicht schlechterdings den übrigen vorgezogen; denn wie, wenn er eine verdächtige Person seyn sollte, dem man die alleinige Verwaltung nicht sicher anvertrauen kann? Daher kann derjenige Vormund, der keine Caution aufbringen kann, wenn er sonst ein Mann von geprüfter Redlichkeit und Geschicklichkeit ist, nicht schlechterdings zurückgesetzt werden. Sind mehrere zur Cautionsleistung bereit, so werden deswegen nicht immer alle zur Verwaltung der Tutel gelassen, sondern zuweilen nur der **würdigere**. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 17. pr. D. h. t. Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Testamento datos tutores *non esse cogendos satisdare rem salvam fore*, certo certius est. Sed nihilominus cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est: ut Edicto cavetur. Sed recte Praetor etiam ceteris detulit hanc conditionem, *si* et ipsi velint satisdare: nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione: sed, impleta videlicet ab

offerre satis de indemnitate pupilli — et contutoribus praeferri, ut solus administret: vel ut contutor satis offerens praeponatur ei, et ipse solus administret.

omnibus satisdatione, omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere, quam gerere, securus esset. §. 1. Non omnimodo autem is, qui satisdet, praeferendus est. Quid enim, si suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat? vel quid, si iam multa flagitia in tutela admisit? nonne magis repelli et reiici a tutela, quam solus administrare debeat? Nec satis non dantes temere repelluntur: quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiam si satis non dent, non debent reiici: quinimmo nec iubendi sunt satisdare. §. 2. Duplex igitur causae cognitio est: una ex persona eius, qui obtulerit satisdationem, quis, et qualis est: alia contutorum, quales sunt, num, forte eius existimationis, vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire.

L. 18. *D. eodem.* Callistratus *libro III. Edicti monitorii.* Quod si plures satisdare parati sint, tunc *idonior* praeferendus erit, ut et tutorum persona inter se, et fideiussorum comparentur.

Erbietet ſich keiner von den teſtamentariſchen Vormündern zur Cautionsleiſtung, ſo iſt kein Dritter befugt, die Vormünder zur Cautionsleiſtung aufzufordern, und zu verlangen, daß, im Verweigerungsfalle, ihm die Tutel gegen Caution überlaſſen werde. Denn durch ein ſo geſetzwidriges Anerbieten eines Dritten können die teſtamentariſchen Tutoren der Caution nicht unterworfen werden, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet.

L. 19. *pr. D. eodem.* Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum.* Si nemo tutorum provocet ad satis-

dationem, sed existat quidam, qui tutor non est, desideraretque, ut aut satisdent tutores, aut si non dent, parato sibi satisdare committant tutelam, non est audiendus: neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati tutores contra ius satisdationi subiiciendi sunt.

Fällt der testamentarische Vormund weg, so war ihm entweder die Tutel schon deferirt, oder nicht. Im letzten Falle tritt die gesetzliche Tutel ein. Dahin gehört der Fall, wenn der testamentarische Vormund noch vor dem Erblasser stirbt. Justinian gedenkt dieses Falles ausdrücklich §. 2. *I. de legitima agnatorum tutela* in den Worten: cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit. In dem ersten Falle ist aber weiter zu unterscheiden. Hatte der testamentarische Vormund die Tutel bereits übernommen, und er hört nachher auf Tutor zu seyn, ehe noch der Pupill die Mündigkeit erreicht hatte; so lassen sich zwey Fälle gedenken.

1) Der Vormund geht mit Concurrenz der Obrigkeit ab, z. B. der Vormund hat sich gesetzmäßig entschuldiget, oder er ist abgesetzt worden. Hier giebt die Obrigkeit einen andern Vormund. Daß der gesetzliche Tutor nicht eintritt, lehrt Ulpian in folgender Gesetzstelle.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde *excusatus* sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, *in locum excusati alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam.* §. 2. Idem dicimus, et si fuerit *remotus:* nam et hic idcirco abit, *ut alius detur.*

An einem andern Orte sagt Ulpian [77]), es sey die

77) *Fragm. Tit. XI.* §. 23. (in *Ant.* Schultino *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 602.)

ſes durch einen Senatsſchluß feſtgeſetzt worden, daß an die Stelle eines durch remotio oder excusatio definitiv weggefallenen Tutors ein anderer Vormund von der Obrigkeit gegeben werde. Hoc amplius *Senatus* censuit, *ut, si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela submotus fuerit, vel etiam iusta de causa excusatus, in locum eius tutor alius detur.* Eben dieſes hat auch faſt mit denſelben Worten Gajus [78]), gelehrt, welcher nur noch die Bemerkung beygefügt hat, es ſey dieſes Senatusconſultum ſowohl in Rom als in den Provinzen zur Anwendung gebracht worden. Das Senatusconſultum gieng aber nicht blos auf den teſtamentariſchen Vormund, ſondern wurde auch auf den geſetzlichen Tutor angewendet. Denn auch wenn der tutor legitimus ſich entſchuldiget, oder als ſuspect abgeſetzt wird, kommt nicht die Reihe an den nächſtfolgenden, ſondern auch hier tritt an deſſen Stelle ein obrigkeitlich beſtellter Tutor, wie Ulpian *libr. XXXVIII. ad Sabinum* [79]) ſagt: Quaeri potest, si patroni filius sit remotus, vel excusatus, an nepoti tutela deferatur, et Marcellus in ea sententia est, *ut succedi non posse scribat:* idcirco enim abierunt tutela, *ut alii in locum eorum dentur*, non ut successio admittatur.

2) Der Vormund geht ab, ohne Mitwirkung der Obrigkeit. Hier erhält in der Regel der geſetzliche Tutor die Vormundſchaft, denn auf dieſen Fall gieng jenes Senatusconſultum nicht. Es gehören hierher beſonders folgende Fälle: a) wenn die Zeit, bis auf welche der Vor-

78) *Institution. Commentar. I.* §. 182 *et* 183. S. Gans Scholien zum Gajus. IV. Schol. S. 204. ff.

79) *L.* 3. §. 8. *D. de legitim. tutorib.* S. Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 234.

mund ernannt war, verstossen ist. b) Wenn die Bedingung, bis zu deren Existenz der Tutor die Vormundschaft führen sollte, eingetreten ist, (conditio resolutiva existit.) Z. B. der Vormund heyrathet, welcher die Vormundschaft nur so lang führen sollte, als er unverheyrathet bleiben wird. Da in beyden Fällen der Vater selbst die Dauer der Vormundschaft beschränkt hat; so muß man annehmen, er habe, wenn der Fall eintritt, es bey der gesetzlichen Anordnung bewenden lassen wollen, weil er auf diesen Fall keinen andern Vormund bestellt hat[80]). c) Wenn der Vormund stirbt, ehe der Pupill die Mündigkeit erreicht hat. Auch hier fällt die Tutel an den gesetzlichen Vormund, welcher der nächste Verwandte und Intestaterbe des Pupillen ist, wie Paulus sagt *libro XXXVIII. ad Edictum*[81]): Idem dicemus, *si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit:* nam tutela eius *ad adgnatum* revertitur. Eben dieses bestätiget Ulpian *libr. XXXVII. ad Sabinum*[82]). Quod si tutor testamento datus decesserit, *ad legitimum tutela redit:* quia hic SENATUSCONSULTUM cessat. Der Grund scheint hier ebenfalls in dem vermuthlichen Willen des Vaters zu liegen. Denn da dieser Fall von der Art ist, daß sich der Vater ihn leicht als möglich denken konnte, wo die Tutel ohne Mitwirkung der Obrigkeit auf-

80) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 179. Not. (*) S. 219.

81) *L. 6. D. de legitim. tutor.* Unrichtig versteht Cujacius in Comment. in libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum (*Opp. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. II. pag. 613.) dieses Gesetz von dem Falle, wenn der testamentarische Tutor noch bey Lebzeiten des Testators verstorben ist.

82) *L. 11. §. 3. D. h. t.*

hört; ſo iſt zu vermuthen, es ſey ſein Wille, daß der geſetzliche Vormund eintrete, wenn ein ſolcher Todesfall ſich ereignet, und dieß um ſo mehr, da ſolcher der Obrigkeit leicht unbekannt bleiben kann [83]). Ulpian nimmt jedoch einen Fall aus, wo an die Stelle eines verſtorbenen teſtamentariſchen Vormundes die Obrigkeit einen andern Vormund giebt. Dies iſt der Fall, wenn von mehreren teſtamentariſchen Vormündern einer ſtirbt. Wäre jedoch keiner von dieſen mehr übrig, ſo tritt auch hier der tutor legitimus ein.

L. 11. §. 4. *D. h. t.* Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit, vel in civitate esse desiit, *poterit dari alius*: ceterum si nullus supersit, vel in civitate sit, *legitima tutela* succedit.

§. 1307.

Wer kann teſtamentariſcher Tutor ſeyn?

Daß diejenigen, welche überhaupt zur Vormundſchaft untüchtig ſind, auch nicht teſtamentariſche Vormünder ſeyn können, iſt keinem Zweifel unterworfen. Man vergleiche hier §. 1300 und 1301. Der teſtamentariſche Vormund muß aber noch überdem, wegen des Zuſammenhangs mit dem Teſtamente, eine ſolche Perſon ſeyn, welche ſelbſt auch zum Erben hätte eingeſetzt werden können [84]). Dieß iſt es, wenn Paulus *libro VIII. Brevium* [85]) ſagt: Testa-

83) S. Höpfners Commentar a. a. O.

84) Der Tutor konnte nicht nur zum Erben, ſondern auch, wie ein Erbe, in die Tutel eingeſetzt werden. Erſteres ſagt Paulus *L.* 7. *D. h. t.* Vom letztern führt Cicero *de Oratore* Lib. I. cap. 53. nr. 228. ein Beyſpiel an.

85) *L.* 21. *D. h. t.* S. *Christ. Gottl.* Haubold Exercit. iuris honorarii de Edictis monitoriis ac Brevibus. (*Lipsiae* 1804.) §. 2. et 5.

mento tutores hi dari possunt, *cum quibus testamenti factio est.* Daß der Tutor auch selbst das Recht haben müsse, ein Testament zu machen, wird nicht erfordert. Denn es kann ja ein filiusfamilias so gut, als ein paterfamilias, zum testamentarischen Vormund ernannt werden [86]). Er muß nur die Erbfähigkeit haben. Diese nur soll mit den Worten: cum quibus testamenti factio est, angedeutet werden [87]). So gewiß nun der Satz ohne alle Ausnahme seine Richtigkeit hat, daß derjenige nicht zum testamentarischen Vormund ernannt werden kann, der nicht erbfähig ist; so wenig ist die Erbfähigkeit allein hinreichend, wenn die Person zur Vormundschaft untüchtig ist [88]). So kann zum Beyspiel ein Wahnsinniger, ein Tauber, ein Stummer, eine Frauensperson zum Erben eingesetzt, aber nicht zum Vormund ernannt werden [89]). Paulus sagt *libro VIII. ad Sabinum* [90]): es wären darüber mehrere Senatsschlüsse gemacht worden, ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur.

Wegen des Zusammenhangs der testamentarischen Tu-

86) *Pr. J. Qui dari tutores testam. poss.*

87) §. 6. *J. de testam. ord.* §. 3. *J. de hered. instit.* §. 4. *J. de hered. qualit. et diff.* *L.* 16. *D. Qui testam. facere poss.* *L.* 7. *D. pro legato.* S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Testamentum* nr. 4.

88) S. Donellus Comment. de iure civ. Lib. III. cap. 4. §. 10. (Vol. II. *edition. noviss. Norimb.* pag. 29.)

89) *L.* 10. §. 1. *D. de legitim. tutor.* vergl. mit *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de tutel.* S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad §. 1. *L.* 10. *D. de legit. tutor.* pag. 548. sqq.

90) *L.* 17. *D. de tutelis.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 234. S. 882. und §. 240. S. 899. Not. 5.

tel mit dem Teſtamente fällt auch die Vormundſchaft weg, wenn das Teſtament ganz zu Grunde geht[91].

§. 1308.

Für welche Kinder können teſtamentariſche Tutoren beſtellt werden? In wiefern für postumi? Wie wenn sui abſtiniren?

Der Vater kann aber nicht nur ſeinen ſchon gebohrnen unmündigen Kindern, ſondern auch ſolchen Kindern einen Vormund beſtellen, die zur Zeit des errichteten Teſtaments noch nicht gebohren waren. Letztere werden *postumi* im weitern Sinne genennt[92]. *Postumorum* nomen non cadit in eos, *qui iam in rebus humanis sunt*, ſagt Ulpian *libro XV. ad Sabinum*[93]. Solche Kinder ſind nun entweder nachher noch gebohren worden, oder nicht, im letztern Falle fällt die teſtamentariſche Tutel weg. Hätte auch der Tutor inzwiſchen für den non natus, quasi curator, Geſchäfte verwaltet, ſo hat, wie bereits oben (§. 1306. S. 222.) bemerkt worden iſt, nicht die actio tutelae, ſondern negotiorum gestorum ſtatt. Paulus *libro secundo sententiarum*[94] will jedoch auch nicht einmal dieſe Klage, ſondern nur eine *actio* UTILIS ſtatt finden laſſen. Er ſagt: Postumo tutor datus, *non nato postumo*, neque *tutelae*, quia nullus pupillus est, neque *protutelae*, quia nulla significatio est, neque *negotiorum gestorum iudicio* tenetur, quia administrasse negotia eius, qui natus non esset, non videtur: *et ideo* UTILIS

91) *L. 9. D. h. t. L. 17. D. de iniusto, rapto, et irr. testam.*

92) S. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 4. J. de tutelis.

93) *L. 164. D. de Verbor. Signific.* S. *Jo.* GERHARD Comment. ad h. L. pag. 992. sqq.

94) *L. 24. D. de tutelae et rationibus distrahendis.* (XXVII. 3.)

in eum actio dabitur [94]). Sind aber Kinder noch nach Errichtung des Teſtaments gebohren worden; ſo ſind ſie entweder erſt nach dem Tode des Teſtirers, oder noch bey deſſen Leben gebohren worden. Im erſten Falle werden ſie *postumi* im eigentlichen Sinne des Ehvitreichs genennt [96]). Ob ſolchen postumis ein Tutor im Teſtament beſtellt werden könne, war anfangs unter den römiſchen Rechtsgelehrten ſtreitig. Man ſagte: *Non eſt* PUPILLUS, *qui in utero eſt* [97]); er bedürfe auch keines Vormundes. Allein durch die disputatio fori ward entſchieden, und zum Grundſatz angenommen, daß auch eine teſtamentariſche Tutel für postumi gültig ſey [98]). Man wandte nämlich auf Tutelen den

95) Man ſehe Bachovius ad Πρῶτα Pand. pag. 888. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad L. 29. D. de negot. gest. *Ant.* Schulting ad Jul. Pauli Sentent. receptar. Lib. II. Tit. 30. not. 5. (in *Jurisprud. vet. Antejust.* p. 325. sq.) *Guil.* Teisterbant *Dictus* Bilderdyk Observation. et Emendation. lib. II. cap. 22. *Jo. Guil.* Marchart Probabil. receptar. iuris civ. Lection. P. I. pag. 69. sq.

96) *L.* 5. §. 1. *D. de iniusto, rupto, irrito fact. testam.* Ulpianus *lib. III. ad Sabinum.* Postumos autem dicimus eos duntaxat, *qui post mortem parentis nascuntur.* Auch Theophilus in *Paraphr. graec. ad* §. 4. *Inst. de tutelis.* Mehrere Stellen beſonders aus den Claſſikern hat *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Diatriba de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis. Cap. I. §. 1 — 8. (adj. *Praelectionib. Cervarienſ.* pag. 166. sqq.) und *Christ. God.* Tilling Specim. I. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. (*Lipsiae* 1790. 4.) pag. 6. sq.

97) *L.* 161. *D. de Verbor. Signif.*

98) S. *Ev.* Otto Comm. ad §. 4. J. de tutelis. *Jan. a* Costa und Marcilius ad §. eund. Institution.

Grundſatz an, daß ein postumus für ſchon geboren zu halten ſey, wenn es auf deſſen Vortheil oder Beſtes abgeſehen iſt[99]). Daher ſagt Juſtinian[100]): Quum autem in compluribus aliis causis *postumi* pro iam natis habentur, et in hac causa PLACUIT, *non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse:* si modo in ea causa ſint, ut ſi vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent. Es müſſen nur aber 1) *postumi sui* ſeyn, das heißt, ſolche, welche, wenn ſie noch beym Leben des Teſtators wären gebohren worden, in ſeine väterliche Gewalt gekommen ſeyn würden, ohne daß ihnen ein Anderer vorgeht. Denn dieſe heißen hier SUI, wie Theophilus[1])

99) *L.* 7. *L.* 26. *D. de statu hominum. L.* 30. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered. L.* 7. *D. de suis et legitim. heredib. L.* 2. §. 6. *D. de Excusat.*

100) §. 4. *J. de tutelis.*

1) *Paraphr. gr. ad* §. 4. *J. de tutelis.* Τότε δὲ καλῶς τοῖς ποστούμοις ἐπίτροπον δίδονται, ἡνίκα ἤμελλον, εἰγε ξάντων ἡμῶν ἐτέχθησαν, ὑπεξούσιοι ἡμῖν εἶναι, ὑφ' ἑτέρου μὴ προλαμβανόμενοι, οἵπινες λέγονται σοῦοι. Eben ſo ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII.* §. 15. POSTUMI quoque *liberi*, id est, qui in utero sunt, *si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint*, SUORUM HEREDUM numero sunt. Da ein postumus suus allemal auch in der väterlichen Gewalt iſt, ſo ſcheinen die Worte des angef. §. 4. *J. de tutel.* et in potestate eorum fierent, ein Pleonasmus zu ſeyn. *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad h. §. 4. pag. 68. hält daher dieſe Worte für eine Erklärung von *sui*, und will, ſtatt et, vielmehr *id est*, leſen. Allein dieſe Emendation hilft der Schwierigkeit nicht ab. Aus der griechiſchen Paraphraſe ergiebt ſich vielmehr, daß eigentlich ſo

sagt. Z. B. der Testirer hat eine schwangere Frau, oder eine schwangere Schwiegertochter hinterlassen, deren Mann schon vorher, während er sich noch in väterlicher Gewalt befand, gestorben war, und diesen noch ungebohrnen Kindern in seinem Testamente einen Vormund gegeben. Posturnis alienis kann also kein Vormund gegeben werden. Es werden darunter solche *posturni* verstanden, welche entweder, wenn sie gebohren werden, nicht den ersten Platz in der Familie einnehmen würden, wie z. B. der Enkel von einem noch lebenden Familiensohne [2]); oder gar nicht in die väterliche Gewalt des Testirers kommen würden, wie z. B. der von einem emancipirten Sohne erst nach seiner Entlassung gezeugte Enkel [3]). Doch nicht genug,

zu lesen sey: *ut, si extis parentibus nascerentur, in potestate eorum, et sui fierent.* Denn zu einem posturnus suus ist nicht genug, daß er mit seiner Geburt in des Testirers väterliche Gewalt gekommen wäre; er müßte auch den ersten Grad in der Familie erhalten haben, wie z. B. der Sohn des Testirers, und, nach dessen, bey Lebzeiten des Testirers, erfolgtem Tode, der Enkel von ihm. §. 2. *J. de heredum qualit. et differ.* (II. 19.) S. *Car. God.* Winckler Diss. de Lege Junia Velleja. (*Lips.* 1745. 4.) §. 6.

2) §. 2. *J. de hereditat. quae ab intest. defer.* Nam si per id tempus, quo quis moretur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Posturni quoque, qui, si vivo parente nati essent, *in potestate eius* futuri forent, sui heredes sunt. Man sehe auch §. 2. *J. de exheredat. liberor.*

3) §. 26. *J. de legatis.* Est autem alienus posturnus, qui, natus, *inter suos heredes* testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extra-

daß die postumi, für welche der Vater einen testamentarischen Vormund gültig bestellen will, postumi sui sind; sie müssen auch 2) entweder zu Erben eingesetzt, oder exheredirt seyn, weil sie sonst, wenn keines von beyden geschehen ist, das väterliche Testament rumpiren. Dieses Erforderniß wird auch von Gajus ausdrücklich angegeben, wenn er *libro XII. ad Edictum provinciale* 4) sagt: Item scire debemus, etiam POSTUMIS filiis vel nepotibus, vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare: qui modo in ea causa sint, ut si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint, *neque testamentum rupturi*.

Ob die Ernennung eines Vormundes für einen postumus auch dann gültig sey, wenn das Kind noch beym Leben des Testirers gebohren worden, war unter den ältern Röm. Rechtsgelehrten ebenfalls streitig. Allein die billigere Interpretation sprach, nach der Analogie der Lex Iunia Velleia, welche auch ein solches Kind einzusetzen erlaubte 5),

neus erat postumus avo. S. FINESTRES ET DE MONSALVO cit. Diatriba. Cap. I. §. 9. sqq. pag. 171 sqq.

4) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

5) ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII.* §. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili: *si vero viventibus nobis, ex Lege* JUNIA. So muß statt *ex Lege Julia* gelesen werden, wie *Ant.* SCHULTING *ad h. L. in Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 640. und *Jo.* GANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta cit. l. pag. 100. bemerkt haben. Man vergleiche auch *L.* 29. §. 11. *et* 12. *D. de liberis et postum. L.* 3. §. 1. *D. de iniusto, rupto, irrito facto testam.* und *Car. God.* WINCKLER Diss. de Lege Junia Velleja. §. XI.

wegen Gleichheit des Grundes für die Gültigkeit der Ernennung des Tutors, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 16. §. *ult. D. h. t.* Ulpianus *libro* XXXIX. *ad Sabinum.* Si *postumis* dederit tutores, *hique* vivo eo *nascantur*, an datio valeat? Et magis est, *ut utilis* [6]) *datio fiat, etiam si* vivo eo *nascantur.*

Wenn Hellfeld sagt, daß der Vater auch denjenigen Kindern einen Vormund im Testament bestellen könne, *qui ab hereditate paterna abstinuerunt*; so kann dieser Satz, wenn er nicht ins Lächerliche fallen soll, nur so verstanden werden, daß die Kinder den ihnen vom Vater gegebenen Vormund auch dann erhalten, wenn sie sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt haben, und so ist auch dieser Satz keinem Zweifel unterworfen. Allein der von Hellfeld not. r. angeführte Grund, der Tutor sey vermöge der väterlichen Gewalt gegeben, deren Wirkungen durch die Lossagung von der Erbschaft nicht aufgehoben werden, ist nicht entscheidend. Der wahre Grund ist, weil der suus abstinens, da er ipso iure Erbe geworden, nicht aufhört suus heres zu seyn, sondern durch die Abstinenz sich blos derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten entäußert, welche ihn nach der Strenge des Rechts als Erben treffen würden [7]). Daher wird das väterliche Testament durch die Abstinenz des suus heres nicht destitutum, sondern bleibt in Ansehung eines jeden

6) Das Wort *utilis* deutet hier auf eine billige Interpretation hin. S. Tilling de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Specim. I. pag. 7.

7) *L.* 1. §. 7. *D. Si quis omissa causa testam.* (XXIX. 4.) *L.* 57. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) *L.* 12. *D. de interrogat. in iure fac.*

Dritten gültig, welcher darin honorirt worden iſt. So wie alſo die Legate, die Fideicommiſſe, Pupillar Subſtitution gültig bleiben [8], eben ſo auch die teſtamentariſche Vormundſchaft [9]. Daher ſagt Ulpian *libro quinto fideicommissorum* [10]: Non est *sine herede*, qui suum heredem habet, *licet abstinentem se.*

8) *L.* 40. *et* 41. *D. de acquir. vel omitt. hered. L.* 12. *D. de vulg. et pup. subst. L.* 27. §. 3. *D. ad SCtum Trébell.* S. *Jos.* Averanius Interpretation. iur. Lib. I. cap. 9. nr. 31—35. et nr. 48. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. VII. cap. 2. §. 41. (Vol. IV. pag. 36. edit. noviss. Norimberg.) *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. ad Tit. de acquirenda vel omitt. heredit. P. II. Cap. 2. §. 5. (in *Praelectionib. Cervariens.* pag. 274. sq.) und *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente. §. 16. (in *Elect. iur. civ.* Tom. I. Exerc. IV. pag. 113. sq.)

9) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. III. Quaestion. Papiniani ad L. 12. de vulg. et pupill. substit. (*Oper. postumor. a.* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 85.)

10) *L.* 30. §. 10. *D. de fideicommiss. libertat.* (XL. 5.)

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Neun und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1827.

Schluß

des Libri XXVI. Tit. II.

De testamentaria tutela.

§. 1308. a.

Besondere Auslegungsregeln bey der testamentarischen Vormundschaft.

Noch finden einige besondere Auslegungsregeln über die testamentarische Vormundschaftsbestellung statt [11]). Es sind folgende.

1) Unter der Benennung der Kinder (liberi) sind auch die Enkel, Urenkel, und alle übrigen Descendenten begriffen. Callistratus sagt *L.* 220. *D. de Verb. Signif.* LIBERORUM appellatione *nepotes* et *pronepotes, ceterique, qui ex his descendunt*, continentur: hos enim omnes SUORUM appellatione lex duodecim tabularum comprehendit. Callistratus handelte zwar *libro secundo Quaestionum* von dem Verbote der Ehe mit dem Vormunde oder dessen Sohne, und seiner Pupillin, wie aus *L.* 64. *D. de ritu nuptiar.* erhellet [12]). Allein daß

11) MONTANUS de iure tutelar. Cap. 12.

12) S. GOEDDAEUS in Commentar. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Signif. ad L. 220. pag. 1166.

die Erklärung der Benennung von Kindern auch auf teſtamentariſche Vormundſchaften anzuwenden ſey, hat theils wegen der nahen Verbindung, in welcher Erbſchaft und Tutel ſtehen, und der hier vorauszuſetzenden Eigenſchaft der Kinder, als sui heredes vom Vater, keinen Zweifel, theils beſtätiget dieſes auch eine Stelle der Inſtitutionen, §. 5. *I. Qui testam. tutores dari poss.* wo Juſtinian ſagt: Quod si *nepotes* sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, *si modo* LIBEROS dixit. Eben dieſes ſagt mit denſelben Worten Ulpian, aus deſſen *libro XXXIX. ad Sabinum* [13]) die Stelle der Inſtitutionen genommen iſt.

2) Unter der Benennung von Söhnen ſind zwar auch Töchter, aber in der Regel nicht die Enkel begriffen. Das Erſtere lehrt Ulpian *libro eodem*, oder *L.* 16. *D. h. t.* Si quis ita dederit, *filiis meis tutorem do*, in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur: FILIORUM *enim appellatione et* FILIAE *continentur* [14]). Das Letztere ebenfalls Ulpian *L.* 6. *D. h. t.* Ceterum si FILIOS, non continebuntur (sc. *nepotes*): aliter enim FILII, aliter

13) *L.* 6. *D. h. t.*

14) *L.* 195. *pr. D. de Verb. Signif.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Es war dieſes zwar unter den ältern Röm. Rechtsgelehrten ſtreitig, wie aus *L.* 116. *D. de Verb. Signif.* erhellet: Labeo war anderer Meinung; allein die Meinung des Proculus, der mehr mentem testantis, als verborum figuram berückſichtigte, erhielt den Vorzug. S. *Jon.* Averanius Interpretation. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 5. pag. 15. (edit. *Lugd.* 1551. 4.)

NEPOTES appellantur. Eben dieſes wiederholt Juſtinian wörtlich §. 5. *I. Qui testamento tutor. dari poss.* Doch kann zuweilen die Willensmeinung des Vaters ein Anders erheiſchen. FILII enim appellatione saepe et *nepotes* accipi, multifariam placere, ſagt Callistratus *L.* 220. §. 1. *D. de Verb. Signif.* und fügt hinzu: Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios [15]), qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, FILIORUM appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri [16]); nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam *filii*, appellare: etenim idcirco filios filiasve concepimus, atque edimus, ut ex prole eorum, earumve, diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus. Es bleibt alſo bey der Beſtimmung Ulpians, vorausgeſetzt, daß der Teſtirer wirklich unmündige Söhne, und von Söhnen, die ſchon vor ihm geſtorben, oder emancipirt waren, Enkel in ſeiner väterlichen Gewalt hinterlaſſen habe. Denn hat der Teſtirer ſeinen Söhnen Tutoren beſtellt, und keine unmündigen Söhne, ſondern blos Enkel von zuvor verſtorbenen oder emancipirten Söhnen in ſeiner Gewalt hinterlaſſen; ſo iſt anzunehmen, daß der Vormund für dieſe Enkel ernannt worden ſey, und es findet daher der Ausſpruch Ulpians in dieſem Falle keine Anwendung. Sind hingegen unmündige Söhne da, für die

15) *Parentes pios*, geht auf das vorhergehende nos, wie POTHIER Pandect. Justinear. Tom. III. Tit. de Verbor. Signif. Nr. 98. Not. i. pag. 659. dieſe Stelle erklärt.

16) Die Gebaueriſche Ausgabe lieſt hier, von der Taurelliſchen abweichend, ganz unrichtig *continere*. S. *Andr. Guil.* CRAMER de verborum Significat. (*Hiliae* 1811. 8.) p. 111.

der Testirer ausdrücklich nur den Vormund bestellt hat; so muß man annehmen, daß er in Ansehung der Enkel die gesetzliche Tutel habe wollen eintreten lassen [17]). Die Ausnahme, nisi voluntas testatoris aliter se habeat, welche nach Callistratus zu machen ist [18]), dürfte jedoch wohl aus dem von diesem Rechtsgelehrten selbst angeführten letztern Grunde in den meisten Fällen für die Enkel sprechen. Daher sagt auch Julian *libro* LXXXII. *Digestorum* [19]). Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione FILII, sicuti *filiumfamilias* contineri saepe respondimus, ita et *nepos* videatur comprehendi.

3) Unter den Töchtern aber, für welche der Testator Vormünder bestellt hat, können die Söhne nie begriffen werden, wie Pomponius *libro octavo ad Quintum Mucium* [20]) sagt:

Si ita scriptum esset: FILIIS MEIS HOSCE TUTORES DO: responsum est, etiam *filiabus* tutores datos esse: quod non est ex contrario accipiendum, ut *filiarum* nomine etiam masculi contineantur.

17) S. *Pet.* Faber Semestrium Lib. III. cap. 24. und *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. VIII. Th. 2. lit. C.

18) S. *Hug.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 4. §. 25—27. pag. 36—38.

19) *L.* 201. *D. de Verbor. Signif.* Man vergleiche *Jo.* Gorddaei Comm. repetit. praelect. in Tit. XVI. Lib. L. Pand. ad L. 84. D. de Verbor. Signif. pag. 711. sqq. und *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Superioribus.*

20) *L.* 45. *pr. D. de legat. I.* (XXX.) *Ger.* Noodt Comm. h. t. §. *Sic: si.* pag. 543.

tur. Exemplo enim possimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri.

4) Hat der Vater seinen Söhnen oder Töchtern Tutoren gegeben, so sind darunter auch die nachgebohrnen Kinder, (postumi vel postumae) begriffen. Justinian sagt §. 5. *J. Qui testamento tutores dari poss.*

Si quis *filiabus* suis, vel *filiis* tutores dederit, etiam *postumae*, vel *postumo* dedisse videtur: quia filii, vel filiae appellatione, postumus, vel postuma continetur.

Eben dieses bestätigt Ulpian *libro XV. ad Sabinum* [21]), wo er sagt: Nomen *filiarum* et in *postumam* cadere, quaestionis non est. Mit Recht sagt Ulpian, es könne davon gar keine Frage seyn, weil ja das noch ungebohrne Kind für schon gebohren gehalten wird, wo es auf dessen Vortheil ankommt [22]). Endlich

5) hätte der Vater in seinem Testament gesagt: den Titius ernenne ich zum Vormund meines unmündigen Sohnes, es wären aber mehrere unmündige Kinder da, und wegen dieser nichts besonders verordnet, so gilt die Ernennung des Vormundes für sämmtliche Kinder.

L. 16. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro* XXXIX. *ad Sabinum.* Si quis *filio* tutorem dederit, et *plu-*

21) *L.* 5. *D. h. t.* Man verbinde damit die *L.* 164. *pr. D. de Verb. Signif.* welche auch aus Ulpiani *libro XV. ad Sabinum.* genommen ist. S. Goeddaeus ad h. L. 164. und *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. §. 175.

22) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 4. §. 25.

res filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? Et de hoc Pomponius dubitat: magis autem est, ut omnibus *dedisse videatur*.

§. 1309.

In wiefern kann der Großvater für seine Enkel einen testamentarischen Tutor bestellen? Erklärung der *L.* 10. §. 2. *D. h. t.*

Den Enkeln kann der Großvater nur dann einen testamentarischen Vormund bestellen, wenn sie nicht nur in seiner Gewalt sich befinden, sondern auch nach seinem Tode sui iuris werden. Dieses Recht befolgten die Römer so streng, daß es, nach einem Rescript der Divi Fratres, wie Ulpian *L.* 2. *D. h. t.* berichtet, nicht einmal einem Soldaten erlaubt war, Enkeln einen testamentarischen Tutor zu ernennen, welche nach seinem Tode in die Potestas ihres Vaters fallen würden[23]). Papinian sagt *L.* 40. *D. de administ. et peric. tutor. et curat.* Nam privilegium militum ad alienam iniuriam potrigi non oportet: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: *filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur*[24]). Hat also der Vater einen Sohn, und von diesem einen Enkel in seiner väterlichen Gewalt; so kann der Großvater dem Enkel keinen Vormund bestellen, wenn desselben Vater zu der Zeit, da der Großvater starb, noch in desselben Gewalt war, weil hier der Enkel, nach dem Tode des Großvaters, in die Potestas

23) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinianeae Scientia Tit. XII. Princ. I. Illat. 28. pag. 710.

24) Man vergleiche auch die *L.* 28. *D. de testam. militis.*

seines Vaters fällt, und überdem auch kein suus heres vom Großvater ist [25]), weil ihm der Vater vorgeht [26]). Ein anders wäre, wenn der Sohn bey Lebzeiten seines Vaters aufgehört hätte in väterlicher Gewalt, und also suus heres zu seyn z. B. durch den Tod oder durch Emancipation. Hier kann der Großvater dem Enkel einen testamentarischen Vormund gültig ernennen, weil er nach dem Tode des Großvaters suus heres und sui iuris ist [27]). Einen Fall giebt es jedoch, wo der Großvater seinem Enkel gültig einen Vormund bestellen kann, wenn auch desselben Vater zur Zeit der Errichtung des großväterlichen Testaments noch am Leben, und in der väterlichen Gewalt ist. Diesen Fall führt Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* an, woraus die *L.* 10. *D. h. t.* genommen ist. In dieser Gesetzstelle heißt es §. 2.

Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem, an aliquo casu non [28]) sit utilis datio? utputa si proponas, filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo: et fortius dicendum est, *tutelam quoque e lege Junia Velleia confirma-*

25) §. 3. *J. de tutelis.*

26) *L.* 73. §. 1. *D. de Regul. iuris* und §. 2. *J. de hered. qualitate et diff.*

27) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

28) In einigen editionib. vulgat. z. B. in der des *Guil.* Merlinus, Paris 1559. f. ist das non weggelassen. Allein mit Recht giebt *Ant.* Muretus Observationum iuris lib. sing. cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 142. sq.) der florentinischen Lesart den Vorzug.

tam[29]). Nam et Pomponius *libro sextodecimo ex Sabino* scripsit, valere tutoris dationem. *Cum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta, quod valet, id est*[30]), *ubi nepos vel heres institutus sit, vel nominatim exheredatus sit.*

Die *lex Junia Velleia*, deren hier gedacht wird, ein Volksschluß unter Auguſt, wahrscheinlich vom J. der E. N. 763, unter welchem Lucius Junius Silanus und Gajus Velleius Tutor in den fastis[31]) als Consules suffecti aufgeführt werden, von denen das Geſetz seinen Namen hat[32]); dieſe Lex erlaubt die Einſetzung der Enkel, welche zwar zur Zeit des errichteten großväterlichen Teſtaments ſchon gebohren, aber noch keine sui heredes waren, weil damals ihr Vater noch lebte, der ſelbſt noch in der väterlichen Gewalt des Teſtirers war. Hörte nun dieſer noch beym Leben des Teſtirers auf suus heres zu

29) Die Lesart confirmatum bey Taurellius und Gebauer iſt wohl unſtreitig unrichtig.

30) Haloander lieſt ſtatt id est, IDEM *est*, und ſchließt dieſe Worte mit den übrigen bis *nominatim exheredatus sit*, in eine Parentheſe ein. Dieſer Lesart haben auch Muretus c. l. pag. 144. in fin. und *Jac.* Oiselius ad *Gaii* Institution. Lib. I. Tit. 7. §. 2. Not. 14. (in *Ant.* Schulting. *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 64.) Beyfall gegeben. Allein *Andr.* Alciatus Disputationum libr. I. cap. 20. und *Ant.* Schulting c. l. haben ſie mit Recht verworfen.

31) S. *Th. Jans. ab* Almeloveen Fasti Rom. Consular. pag. 111.

32) S. *Car. God.* Winckler Disp. de Lege Junia Velleia. *Lips.* 1745. §. 2.

seyn, weil er starb; so traten nun die Enkel von diesem Sohne des Testirers in die Stelle ihres Vaters ein, und wurden gleichsam als postumi angesehen, welche durch eine quasi adgnatio die Rechte der suorum heredum erlangten [33]). So wie nun wahre postumi durch ihre Adgnation das väterliche Testament rumpiren, so rumpirten gleichfalls solchen Enkel, welche quasi adgnascendo sui heredes vom Großvater geworden waren, das Testament desselben. Um also diese Entkräftung des großväterlichen Testaments, welche nach dem ältern Rechte auch nicht einmal durch Einsetzung der Enkel verhindert werden konnte [34]), zu verhüten, verordnete die Lex Junia Velleia, daß wenn der Testirer einen Sohn, und von diesem Sohne einen oder mehrere Enkel in seiner väterlichen Gewalt hätte, er nicht blos seinen Sohn zum Erben einsetzen, oder namentlich enterben müsse, wenn das Testament gültig seyn solle, sondern auch die Enkel von demselben auf den Fall, daß ihr Vater, des Testirers Sohn, bey Lebzeiten des Großvaters sterben, oder sonst suus heres zu seyn aufhören, und die Enkel durch Eintreten in die Stelle ihres Vaters die Rechte der suorum heredum erlangen würden, entweder zu Erben einsetzen oder enterben solle [35]). Auf solche Art bleibt das Testament, der quasi adgnatio ungeachtet, gültig, und so kann denn auch solchen Enkeln auf diesen Fall ein testamentarischer

33) Gajus *Institut. Commentar. II.* §. 133. §. 2. *J. de exheredat. liberor. L.* 13. *D. de iniasto rupt. et irr. testam.*

34) S. *Ant.* Schulting l. c. Not. 14. pag. 65. und besonders Winckler in Disp. cit. §. XVI.

35) *L.* 29. §. 13. *et* 14. *D. de liberis et postum.* Winckler cit. Disp. §. XV.

Vormund gültig bestellt werden. Von der Tutel sprach zwar die Lex Junia Velleia ausdrücklich nicht, allein durch Interpretation leiteten die Römischen Rechtsgelehrten daraus die ganz richtige Schlußfolge ab, daß wenn das Testament vermöge dieses Gesetzes gültig bleibe, auch die Ernennung des testamentarischen Vormundes gültig seyn müsse [36]). Daher beruft sich Ulpian auf die Auctorität des Pomponius.

36) S. Schulting o. l. pag. 65. und Winckler ad. Disp. §. XVIII.

Lib. XXVI. Tit. III.

De confirmando tutore.

§. 1310.

Was ist confirmatio tutoris, und wenn ist sie nöthig? Erklärung der *L. 4. C. de test. tut.*

Testamentarische Tutoren, welche auf eine gesetzmäßige Art ernannt worden sind, bedürfen nach dem Röm. Rechte keiner obrigkeitlichen Bestätigung, weil das Gesetz der XII. Tafeln sie bestätiget [37]). Testamento nominatim tutores dati, sagt Ulpian [38]), *confirmantur eadem lege duodecim tabularum*, his verbis; UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO. Was nun zu einer gesetzmäßigen testamentarischen Vormundschaftsbestellung erfordert werde, ist in dem vorigen Titel (§. 1305.) ausgeführt worden. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Ernennung des testamentarischen Tutors ungültig. Die Constitutionen erlauben jedoch den Obrigkeiten, denen die Gesetze das Recht geben, Vormünder zu bestellen, den Mangel, der sich bey der Ernennung eines testamentarischen Vormundes findet, nach

37) *L. 7. L. 9. D. de testam. tut.* S. *Ant.* FABER de Erroribus Pragmat. et Interpret. iuris Decad. III. Err. 10.

38) *Fragm. Tit. XI. §. 14.*

dem Willen des Teſtirers, durch ihr Anſehen zu ergänzen. Dieſe Ergänzung wird hier *confirmatio tutoris* [39]), und die teſtamentariſche Tutel, die einer ſolchen obrigkeitlichen Beſtätigung bedarf, eine unvollkommen beſtellte, tutela testamentaria imperfecta, genennt. Modeſtinus giebt in einer aus deſſelben *libro VI. Excusationum* genommenen griechiſchen Stelle, es iſt die *L. 1. §. 1. D. h. t.* die Confirmationsfälle, nach der richtigeren lateiniſchen Ueberſetzung des Anton Auguſtinus [40]) folgendermaſſen an.

Si vero ea persona sit, *quae dare non potest*, mater puta, vel patronus, vel extraneus quivis: aut ei, *cui datur, dari non possit*, ut a patre filio, vel filiae, qui non sint in potestate: aut si scriptum sit: *Rogo te, ut illas res cures*, aut *codicillis non confirmatis* tutor aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, *quod deest, consulari potestate* [41]) *suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari.*

39) *L. 7. §. 1. D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 29. Libri V. de confirm. tutore. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm. tut. pag. 532—544. *Ger.* Noodt Comment. ad hunc tit. Digestor. (*Opp.* Tom. II. pag. 543—545.) und *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de differentiis iuris Romani et German. cumprimis Lubecensis in confirmandis tutoribus. *Goett.* 1748. 4.

40) Ad Modestinum sive de Excusationibus. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1560.)

41) Der Kaiſer Claudius hatte nämlich den Conſuln die Macht ertheilt, den Pupillen extra ordinem, wie Suetonius *in Claudio* cap. 23. erzählt, Vormünder zu

Modeſtin hat die hier angeführten einzelnen Confirmationsfälle, *libro IV. Excusationum*, woraus die *L.* 13. §. 12. *D. de excusation.* genommen iſt, in folgenden allgemeinen Satz zuſammengefaßt:

Qui non legitime tutores dati sunt, hoc est, *a quibus non oportet, aut hi, quos non oportet, aut his, quibus non oportet, aut quo modo non oportet*, si neque confirmabuntur, neque suscipient administrationem, immunes sunt.

Nach dieſen Geſetzſtellen iſt alſo die teſtamentariſche Tutel nicht gültig beſtellt worden, und bedarf einer Beſtätigung,

1) wenn der Teſtirer nicht das Recht hatte, einen teſtamentariſchen Tutor zu ernennen. Dahin gehört a) wenn die Mutter ihrem Kinde oder ein mütterlicher Aſcendent einem Enkel von ſeiner Tochter einen Vormund für dieſelben in ihrem Teſtamente beſtellt haben. Denn das Kind iſt nicht in ihrer Poteſtas, es fehlt alſo an dem Grunde

geben. §. 3. *J. de Atiliah. tut.* Ein Beyſpiel von einer conſulariſchen Ernennung kommt unter Trajan vor. Plinius *Lib. IX. Epist.* 13. S. *Jo. Christ.* Franck Commentat. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. (*Viteb.* 1770.) Cap. 5. Hiermit ſcheint zuſammenzuhängen, was Modeſtin von der Conſulariſchen Poteſtas ſagt. Da indeſſen weder Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 18. sqq. noch Gajus *Instit.* Lib. I. §. 185. sqq. der Conſuln weiter gedenkt, die ohnehin nur extra ordinem, und *ex inquisitione* (§. 3. *J. de Atil. tut.*) welche nicht einmal bey jeder Confirmation vorkam, Vormünder beſtellen konnten: ſo kann durch die Consularis potestas auch wohl nur überhaupt die obrigkeitliche Gewalt haben angedeutet werden ſollen, wie es auch Jos. Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniano pag. 534. verſteht.

der teſtamentariſchen Tutel. Ein ſolcher Vormund wird jedoch nur dann beſtätiget, wenn das Kind zugleich zum Erben eingeſetzt iſt.

L. 4. D. de testam. tut. MODESTINUS *libro VII. Differentiarum.* Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare potest: MATER autem *non nisi instituto*, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 2. D. de confirm. tut. NERATIUS *libro tertio Regularum.* MULIER *liberis non recte testamento tutorem dat*: sed si dederit, *decreto* Praetoris *vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur*, nec satisdabit pupillo rem salvam fore. Sed etsi curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

L. 69. §. 2. D. de legat. XXXI. PAPINIANUS *libro XIX. Quaestionum.* MATER, *filio impubere herede instituto*, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, ut si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, *quia*[42]) *tutorem dare mater*

42): *Quia* ſteht hier für licet, oder quamvis, wie es auch in den *Basilicis* Tom. V. pag. 808. Const. 69. τοῦτο εἰ καὶ

non potest: nam et si pater non iure facto testamento tutoris fidei commiserit, aeque praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset. Sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur [43]).

L. 4. Cod. de testam. tut. (V. 28.) Imp. Alexander A. Felicianae. Mater *testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit.* Quando autem eos heredes non instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: protutelae actione tenentur.

Nach diesem Gesetz scheint es zwar, als käme es nicht darauf an, ob die Mutter das Kind, dem sie in ihrem Testamente einen Vormund ernannt hat, zum Erben eingesetzt habe, oder nicht. Die Obrigkeit pflege in dem einem Falle, wie in dem andern den Vormund zu bestätigen. Allein schon Cujaz [44]) hat bemerkt, daß die gemeine Lesart unrichtig, und das non wegzustreichen sey.

erklärt wird. Eine Bedeutung, die weder von Brissonius, noch von andern bemerkt worden ist, welche de Verborum iuris Significatione geschrieben haben.

43) S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. XIX. Quaest. Papiniani. (*Oper. postum.* a Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 556. sq.)

44) Notae ad Institution. Tit. de tutelis, und Desselben Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXIX. libri V. de confirm. tut.

Reinhard Bachov[45]) hat zwar die gemeine Lesart gegen Cujaz zu vertheidigen gesucht. Er verwirft diese Emendation darum, weil sie nicht nur an sich violent sey, sondern auch eine unnütze Tautologie herbeyführe. Denn wollte man die Negation weglassen, so werde zweymal nach einander das nämliche gesagt. Ueberdem deuteten die Worte: *nullo vero ex his interveniente* auf einen doppelten Fall hin, den der Erbeinsetzung, und den der Nichteinsetzung der Kinder. Eben so ist Cornel. van Bynkershök[46]) gegen Cujaz, welcher das Gesetz des Coder mit den angeführten Pandectenstellen so zu vereinigen sucht, daß er einen Unterschied macht. Hat nämlich die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund ernannt hat, in ihrem Testamente zu Erben eingesetzt, so müße die Obrigkeit den Vormund bestätigen; in dem entgegengesetzten Falle könne sie zwar den Vormund bestätigen, wenn es nach ihrem Ermessen für die Kinder nützlich sey, allein sie sey dazu nicht verbunden. Dieß deute das Wort *solere* an, welches von debere unterschieden sey, und blos davon gebraucht werde, quod moris, non quod iuris est. Am meisten hat sich jedoch Johann Wilh. Marckart[47]) bemüht, die Negation in der gemeinen Lesart zu erhalten. Er sagt, es komme in Absicht auf die obrigkeitliche Bestätigung gar nicht darauf an, ob die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund bestellt hat, in ihrem Testamente

45) Notae et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. Verb. *Quid si mater*, p. 405.

46) Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 17.

47) Probabilia receptarum Lection. iuris civilis. P. II. (*Trajecti ad Rhen.* 1738. 8.) ad L. 4. C. de testam. tut. pag. 104—113.

zu Erben eingesetzt habe, oder nicht. Daß dieses die wahre Meinung des Kaisers Alexander sey, erhelle aus einer andern Verordnung eben dieses Kaisers, nämlich der *L.* 1. *C. de confirm. tut.*, wo er auch nicht unterscheide. Die mütterliche Ernennung eines Vormundes sey ungültig, sie möge ihre Kinder zu Erben einsetzen oder nicht, in beyden Fällen tutor *debet* vel *solet* confirmari a Praesidibus. *Nullo vero ex his intervenient*e, diese Worte versteht er so: nullo Praeside interveniente, so finde nur actio protutelae Statt, wenn sich der von der Mutter ernannte Vormund dennoch in die Tutel eingemischt hätte. Wenn Modestin in der *L.* 4. *D. de testam. tut.* sagt, mater non nisi filio instituto tutorem dare potest; so habe dieses nicht den Sinn, als ob es der Obrigkeit nicht erlaubt sey, einen solchen Vormund zu bestätigen, den die Mutter für ihr Kind ernannt hat, ohne es zum Erben einzusetzen, sondern der Rechtsgelehrte habe nur zeigen wollen, was der Mutter selbst bey Ernennung eines testamentarischen Vormundes erlaubt sey, und was für ein Unterschied zwischen einem Vormund, welcher vom Vater, und dem, welcher von der Mutter ernannt ist, Statt finde. Daß nun aber die Obrigkeit auch einen solchen Tutor bestätigen könne, den die Mutter einem, auch nicht zum Erben eingesetzten Kinde, bestellt hat, sey die Frage gewesen, worüber der Kaiser Alexander hier rescribirt habe. So Marckart. Der Meinung Bynkershöks sind Joseph Finestres[48], Johann van Nispen[49],

48) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Lib. II. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 3. pag. 534.

49) Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VIII.

Carl Fried. Walch [49]) und Lud. Jul. Fried. Höpfner [50]) beygetreten. Anton Faber [51]), der *de matre vel avia dante tutorem filio vel nepoti*, gewiß am ausführlichſten handelt, hat jedoch an unſere *L. 4. C. de test. tut.* nicht gedacht. Allein die meiſten ſowohl älteren, als neueren Rechtsgelehrten [52]) haben die Emendation des Cujaz als nothwendig anerkannt. In der That widerſpricht auch das, was man zur Unterſtützung der negativen Lesart vorgebracht hat, ſo ganz dem Inhalt der *L. 4.* daß man bey unbefangener Prüfung der Gründe, worauf dieſe Anſicht geſtützt iſt, keinen Antheil daran nehmen kann.

(in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 73.)

50) Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 7. und ad *Joach.* Hoppii commentat. ad Institut. §. 5. J. de tutelis not. a. pag. 148.

51) Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 174. Not. 4.

52) Jurisprud. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 711. sq.

53) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *In matre.* p. 544. *Herm.* Vultbius Comm. in Instit. ad §. Permissum 2. de tutelis nr. 3. *Guil.* Marinus Paratitl. ad Tit. Pand. de confirm. tut. *Val.* Pacius Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. *Arn.* Vinnius Comm. in Institut. ad §. 5. de tutelis. nr. 3. *Ev.* Otto Comment. ad eund. §. J. de tutel. *Jo. Jac.* Wissenbach Comment. in libros VII. priores Cod. ad L. 4. de testam. tut. pag. 469. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 97. *Bav.* Voorda Thes. controv. Decad. XVIII. §. 9. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Not. 7. u. a. m.

Schon gleich der Anfang der L. 4. *Mater testamento filiis tutorem dare non potest, nisi eos heredes instituerit*, überzeugt uns lebhaft, daß die Negation mit diesem Satz nicht bestehen könne. Alexander wollte hier kein neues Recht einführen, welches überhaupt bey kaiserlichen Rescripten nicht leicht der Fall ist [54]). Er geht daher bey seiner Entscheidung von einem ganz unbestrittenen Satz des gemeinen Rechts aus, den die angeführten Pandectenstellen ganz unzweydeutig aussprechen. Nach diesem kann die Mutter ihren Kindern anders keinen Vormund ernennen, als wenn sie dieselben zu Erben einsetzt. Die Erbeneinsetzung ist schon darum nothwendig, weil man, wie Modestin sagt, annimmt, die Mutter habe quasi *in rem* potius, quam *in personam* den Vormund bestellt, d. h. sie habe mehr für das Vermögen, welches sie den Kindern hinterlassen hat, als für die Person, welche ihrer Gewalt nicht unterworfen ist, den Vormund ernannt [55]). Wollte man nun die negative Lesart beybehalten, so würde das Rescript den Sinn haben, die mütterliche Ernennung eines testamentarischen Vormundes sey schon an sich gültig, und bedürfe keiner Confirmation, wenn sie ihre Kinder zu Erben eingesetzt habe, diese sey nur in dem entgegengesetzten Falle erforderlich. Dann hätte ja aber Alexander durch sein Rescript das Pandectenrecht abgeändert. Dieß will freylich Accursius behaupten, allein mit welchem Grunde? Man erwäge, daß Modestin Alexanders Zeitgenoß, und Rath war,

54) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

55) S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. a. pag. 97.

ja noch lange nach ihm unter Gordian blühete [56]). Alexander dachte auch gewiß nicht entfernt an eine solche Abänderung des bestehenden Rechts, welches selbst Justinian noch zu dem seinigen machte. Alexander will vielmehr in den folgenden Worten näher bestimmen, wie der im Eingange des Gesetzes aufgestellte Satz zu verstehen sey. Damit nämlich daraus Niemand folgern möchte, als sey zur Gültigkeit der mütterlichen Ernennung eines testamentarischen Vormundes schon genug, wenn die Kinder zu Erben eingesetzt worden sind; so fügt der Kaiser hinzu, wenn auch die Mutter die Kinder zu Erben eingesetzt habe, so müsse doch der für sie bestellte Vormund noch von der Obrigkeit bestätiget werden. Der Ausdruck: SOLET *confirmari* ist offenbar ganz falsch verstanden worden. Es soll dieß nicht soviel heißen, als sey die Bestätigung des Vormundes der Willkühr der Obrigkeit überlassen. Was wäre dieß für eine Entscheidung? Nein, die Obrigkeit ist verpflichtet, den Vormund zu prüfen, und wenn sie ihn tüchtig findet, zu bestätigen. Derselbe Kaiser Alexander braucht das Wort *solet* auch von der obrigkeitlichen Bestätigung eines solchen testamentarischen Tutors, welcher vom Vater nicht gesetzmäßig ernannt worden ist [57]). Es bedeutet also hier eben so viel, als *debet*. Der Sinn des Rescripts geht folglich dahin: soll die Ernennung eines Vormundes im mütterlichen Testamente gültig und von Wirkung seyn, so wird dazu zweyerley erfordert. Die Mutter muß Erstens die Kinder zu Erben einsetzen, und dann muß zweytens der Vormund, dem Willen der Verstorbenen gemäß, von der Obrigkeit bestätiget werden.

56) S. *van* Nispen Diss. cit. Cap. I. pag. 5. sqq.

57) *L.* 2. *C. h. t.* Dieses Gesetz ist vom Kr. Alexander.

Ist aber von dem nichts geschehen, (*nullo vero ex his intervenient*) d. h. sind die Kinder weder von der Mutter zu Erben eingesetzt, noch der von ihr ernannte testamentarische Vormund von der Obrigkeit confirmirt worden; so ist die mütterliche Ernennung des Vormundes für nicht geschehen zu halten. Hat sich der Vormund dennoch in die Verwaltung eingelassen, so hat gegen ihn nur die actio protutelae statt. Zur Bestärkung der Cujaciusschen Emendation dient hier noch die Bemerkung des Fabrotus [58], welcher im Betreff der *L. 4. C. de test. tut.* sagt: in qua, sc. *lege*, recte pridem observatum est, ex abundanti adiectam esse *negationem*, quam nec libri veteres agnoscunt, nec interpretes Graeci. Statt *non* wollen jedoch Theodor Marcilius [59] und Franz Broeus [60] *nominatim* lesen, welches, abbrevirt, gar leicht von unwissenden Abschreibern für non habe gelesen werden können. Eine sinnreiche Conjectur.

b) Wenn ein Fremder, oder ein Verwandter, der weder väterlicher noch mütterlicher Ascendent ist, z. B. Vatersbruder, oder Mutterbruder, einen Pupillen zum Erben eingesetzt, und diesem einen Vormund im Testamente bestellt hat. Hier ist zwar aus gleichem Grunde die Ernennung des Vormundes ungültig. Hat aber der Pupill sonst kein Vermögen, als was ihm von dem Testirer hinterlas-

58) Ad Theophili Paraphr. graec. Institution. §. 5. de tutelis not. x. pag. 140. edit. *Reitzii.*

59) Not. ad §. 5. J. de tutelis in *Jani a* Costa Commentar. in Institution. pag. 87.

60) Exposition. in Justiniani Institution. (*Lutet. Parisior.* 1622. 4.) ad §. 5. de tutelis. pag. 123.

sen worden ist; so wird angenommen, der Testirer, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, werde auch einen ihm bekannten sichern Vormund ernannt haben [61]). Eben dieses galt auch von einem Patron, der seinen unmündigen Freygelassenen zum Erben eingesetzt hatte.

L. 4. D. h. t. Paulus *libro singulari de Excusationibus tutelarum.* Si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituit, tutorem dederit, *et extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluit, noverit, et impuberem ita dilexerit, ut eum heredem instituerit.

L. 5. D. eodem. Papinianus *libro II. Quaestionum.* Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare.

§. 1310. a.

Fortsetzung der Confirmationsfälle. Erklärung der *L. 7. pr. D. h. t.* und der *L. 6. eodem.*

Die Ernennung eines testamentarischen Vormundes ist unvollkommen,

2) wenn der Vater solchen Kindern einen Vormund bestellt hat, über die er keine väterliche Gewalt hatte. Dahin gehört a) wenn emancipirten, zu Er-

61) S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Potest. (*Opp.* Tom II. pag. 544.) *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 712. und *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 4. pag. 535.

den eingesetzten, oder enterbten Kindern ein Tutor gegeben worden ist.

§. 5. *J. de tutelis.* Sed si *emancipato filio* tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia Praesidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

Denn da nach dem prätorischen Rechte auch das emancipirte Kind vom Vater entweder zum Erben eingesetzt, oder enterbt werden muß; so ist ein solches Kind nicht einem extraneus, oder einem solchen Kinde gleich zu achten, welches nothwendig hätte eingesetzt werden müssen, wie ein Kind, dem die Mutter einen Vormund im Testamente ernannt hat [62]). In patre enim haeret vestigium pristinae potestatis, sagt sehr richtig der große Gerhard Noodt [63]), cui etiam sublata patria potestate multum tribuerunt veteres: nam et post emancipationem est ius successionis iure Praetorio per bonorum possessionem, etsi desiit esse ius sui heredis. Daher kann allerdings auch ein solcher Tutor confirmirt werden, den der Vater einem enterbten emancipirten Kinde bestellt hat [64]).

b) Wenn der Vater für einen filius naturalis einen

62) *L. 4. D. de testam. tut.* S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod ad Tit. 29. libri V. de conf. tut. und *Reink.* Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. A et B. Verb. *Exheredato autem filio.* pag. 404.

63) Commentar. ad Dig. h. t. §. In matre quoque. p. 544.

64) S. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 504. lit. A. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 3. B. IV. B. §. 136.

Vormund ernannt hat, welcher jedoch, wenn er confirmirt werden soll, zum Erben eingesetzt seyn muß, oder es muß ihm sonst Etwas vermacht, oder geschenkt seyn, nur aber nicht mehr, als der Vater seinen natürlichen Kindern nach Maßgebung der Gesetze aus seinem Vermögen zuwenden kann.

L. 7. pr. D. h. t. HERMOGENIANUS *libro secundo iuris Epitomarum.* NATURALI *filio*, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.

Ueber den eigentlichen Sinn dieser Gesetzstelle sind mancherley Erklärungen zum Vorschein gekommen. So viel zunächst den Ausdruck *naturalis filius* anbetrifft; so will Anton Faber [65]) darunter nicht ein solches Kind verstehen, welches der Vater mit einer Concubine erzeugt hat, denn solchen Kindern, sagt er, sey der Name liberi naturales zuerst vom K. Constantin dem Großen gegeben worden. Hier sey unter naturalis filius ein solches Kind zu verstehen, welches in der Sclaverey, und also vom Vater im Contubernium gezeugt worden, nachher aber zugleich mit dem Vater manumittirt worden ist. Denn ein solches Kind sey nicht in väterlicher Gewalt gewesen, weil es aus keiner rechtmäßigen Ehe geboren worden ist. Allein schon Jacob Gothofredus [66]) hat diese irrige Erklärung hinlänglich widerlegt. Hermogenian lebte ja unter Constantin dem Großen [67]), und

65) Jurispr. Papin. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. p. 374. sq. et Tit. XII. Princ. I. Illat. 32. p. 714. sq. et Illat. 35. p. 717.

66) Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de naturalibus liberis. Tom. I. Lib. IV. Tit. 6. pag. 393. edit. *Ritter.*

67) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Diss. praeliminar. de Hermogeniano §. 5. Commentar. pag. 3. und *Christ.*

dann finden wir ja schon längst vor seiner Zeit die Benennung von liberi naturales in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten [68]) gerade in der Bedeutung von Concubinen-Kindern, so daß es also gar keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß Hermogenian den Ausdruck filius naturalis auch hier in der gewöhnlichen Bedeutung genommen habe.

Hiernächst will man die Worte: *cui nihil relictum est*, für einen Zusatz vom Tribonian halten, welcher diese Worte wegen einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian eingeschaltet habe [69]). Es ist die *L. ult. Cod. h. t.* welche so lautet:

Imp. Justinianus A. *Juliano* P. P. Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, scilicet *intra praefinitum*

Frid. Pohl de Codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. histor. (*Lipsiae* 1777. 4.) §. VII. pag. 24. sq.

68) *L.* 11. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L.* 45. *D. de valg. et pup. substit. L.* 17. §. 4. *D. ad SCtum Trebell. L.* 38. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.*

69) *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. pag. 374. sqq. *Pet.* Faber Commentar. ad Tit. Pand. de div. Reg. iuris L. 73. pag. 194. *Fr.* Raguellus Commentar. ad Constitut. et Decision. Justin. L. ult. C. de confirm. tut. pag. 359. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemata Triboniani. Cap. IV. pag. 75. edit. *Heinecc. Halae* 1736. 8. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 7. D. h. t. pag. 404.

nostris legibus modum[70]), et tutorem eis relinquere? qui debet apud competentem iudicem confirmari, et ita res gerere pupillares. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio et Oreste Conss. 530[71]).

Vor Justinian soll der Vater einem natürlichen Kinde, selbst einem solchen, welches er mit einer Concubine erzeugt hat, gar keinen Tutor haben bestellen können, wenn er auch gleich dasselbe zum Erben eingesetzt hatte. Dieß habe erst Justinian geändert, und nach desselben Constitution habe Tribonian die *L. 7. h. t.* interpolirt. Allein Paulus[72]) lehrte uns ja, daß jeder extraneus dem Pupillen, den er zum Erben eingesetzt hat, einen Tutor mit der Wirkung bestellen könne, daß der Vormund von der Obrigkeit bestätiget werden müsse. Warum also nicht auch der Vater seinem natürlichen Sohne, wenn er ihn zum Erben eingesetzt hatte[73])?

Endlich haben auch die Worte: *nec sine inquisitione confirmatur*, verschiedene Erklärungen veranlaßt. Meh-

70) Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. c. pag. 97. hält diese Worte für einen Zusatz Tribonians, welche sich auf die *L. 2. C. de natural. lib.* bezögen. Man s. den 28. Th. dieses Commentars §. 1295.

71) Justinian beruft sich auf diese Verordnung in der *L. ult. Cod. Quando mulier tut. officio fungi potest.* welche von demselben Datum ist.

72) *L. 4. D. h. t.*

73) S. *Jo.* Wyttenbachii Diss. de Triboniano ab emblematib. Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 21. pag. 310 sq. (edit. *Hafens.*) und *B.* Voorda Thes. controv. Decad. XVIII. §. 10.

rere Rechtsgelehrten[74]) haben sie so verstehen wollen, wenn der Vater einem natürlichen Kinde, dem er nichts vermacht hat, einen Vormund in seinem Testamente bestellt hat, so werde ein solcher Tutor anders nichts, als cum inquisitione confirmirt. Habe er ihm also was vermacht, so werde der Tutor sine inquisitione confirmirt. Allein der Vater ist doch in Rücksicht seines natürlichen Sohnes, der nie in seiner väterlichen Gewalt war, gewiß nur wie ein extraneus zu betrachten[75]). Hat aber ein extraneus einem Pupillen einen Vormund bestellt, so wird dieser nur dann von der Obrigkeit bestätiget, wenn er denselben zugleich zum Erben eingesetzt hat, weil man annimmt, daß derjenige, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, auch wohl den Tutor gekannt haben werde, den er für ihn zugleich ernannt hat[76]). Warum sollte nun der pater naturalis ein vorzüglicheres Recht haben? Wie konnte ferner Hermogenian sagen: Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor FRUSTRA datur a patre, wenn ihn gleichwohl die Obrigkeit bestätigen müßte, wofern er nach vorgängiger Untersuchung wäre täuglich befunden worden? Die Stelle ist freylich dunkel, sie kann aber nach der Analogie vom extraneus

74) *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. § 3. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. pag. 469. *Jul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 3. pag. 499. *Chr. Frid.* MÜHLENBRUCH Doct. Pand. Vol. II. §. 317. u. a. m.

75) *L.* 5. *D. de in ius voc.* *L. ult. C. de natural. lib.* S. *Herm.* VULTEJUS Commentar. ad §. Permissum. 2. Institution. de tutelis. nr. 4. und HUGO DONELLUS Commentar. Lib. III. cap. 5. §. 8.

76) *L.* 4. *D. h. t.*

keinen andern Sinn haben, als den, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne einen Vormund bestellt hat, so ist eine solche Ernennung ungültig, wenn er nicht zugleich dem Sohne Etwas in seinem Testamente vermacht hat. Ist dieses geschehen, so wird er zwar confirmirt, aber doch nicht ohne vorgängige Untersuchung seiner Tauglichkeit. Hat ihn hingegen der Vater nichts hinterlassen, so wird er auch nicht einmal ex inquisitione bestätiget. So wird dieses Gesetz auch von den meisten Rechtsgelehrten[77]) verstanden, und gewiß den Worten Hermogenians nicht zuwider. Denn der Jurist sagt ja nicht, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne im Testamente nichts vermacht hat, so sey der ihm gegebene Vormund ex inquisitione zu bestätigen. Nein, er sagt nur überhaupt, der Tutor werde nicht sine inquisitione bestätiget. Indem nämlich Hermogenian hier zeigen will, in wiefern die Vormundschaftsbestellung für ein natürliches Kind gültig sey, sagt er uns nur, in wiefern sie ungültig sey, nämlich a) sie sey ungültig, wenn der Vater dem Kinde in seinem Testamente nichts hinterlassen hat[78]). b) Die Confirma-

77) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Ita patet. pag. 544. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogen. ad L. 7. h. t. §. 8. pag. 537. *Ev.* Otto Comment. ad §. 5. J. de tutelis. Man s. auch *Jac.* Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. 29. Libri V. de conf. tut. *Ant.* Perez Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 604. lit. B.

78) *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. IX. Princ. I. Illat. 1. pag. 376. findet in den Worten Hermogenians: cui nihil relictum, auch darin einen Anstoß, daß nicht gesagt worden, *cui nihil reliquerit pa-*

tion eines solchen Vormundes gelte auch nicht ohne vorgängige Inquisition. Hieraus folgt nun nicht, daß diese Confirmation auch dann geschehen müsse, wenn der Vater dem natürlichen Kinde nichts hinterlassen hat; gewiß nicht, so wenig wie bey einem extraneus. Es folgt vielmehr daraus, daß die Ernennung eines solchen Vormundes, wenn sie gültig seyn soll, dreyerley erfordere, a) der Vater muß seinem natürlichen Kinde zugleich Etwas in seinem Testamente hinterlassen haben; b) der Vormund muß von der Obrigkeit bestätiget werden, und zwar c) ex inquisitione. Das letztere Erforderniß ist keinesweges von Justinian in der *L. ult. C. h. t.* aufgehoben worden. Justinian wollte hier nur genauer bestimmen, in wiefern dem Vater erlaubt seyn solle, seinen natürlichen Kindern einen Vormund im Testamente zu geben, welcher aber von der Obrigkeit bestätiget werden müsse. Daß die Confirmation ex inquisitione geschehen müsse, konnte Justinian mit Recht, als bekannt, voraussetzen, weil er schon in seinen Pandecten mit Hermogenians Worten gesagt hatte: non sine inquisitione confirmatur. Hätte Justinian dieses abändern wollen, so hätte er sich, nach seiner bekannten Denkungsart, gewiß deutlicher darüber ausgesprochen.

3) Wenn der Vater einem schon mündigen Kinde einen Tutor, oder einem noch unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt hat. Daß ein solcher Vormund zu confirmiren sey, lehrt Papinian

ter, um den Fall auszuschließen, da einem natürlichen Kinde von einem Dritten etwas vermacht worden ist. Allein die Worte: *tutor frustra datur a* PATRE, deuten ja schon genugsam an, daß ihm der Vater nichts hinterlassen habe.

libro quinto *Responsorum*, woraus die *L. 6. D. h. t.* genommen iſt. Si filio *puberi* pater tutorem, aut *impuberi* curatorem[79]) dederit, citra inquisitionem

79) Haloander, Hugo a Porta, Baudoza, Merlin und Miräus leſen hier: Si filio *impuberi* pater tutorem, et *puberi* curatorem dederit. Eben ſo *Jo. Lud. Wilh.* Beck in Corp. iur. civ. P. I. Tom. I. pag. 955. Allein *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. V. Responsor. Papiniani, ad L. h. 6. h. t. (*Oper. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 187.), giebt der florentiniſchen Leſart den Vorzug, und *Ant.* Faber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 31. pag. 713. sq. hat aus Gründen bewieſen, daß ſie die richtigere Leſart ſey. *Arnold.* Rotgersius in Diatr. ad L. si filio 6. ff. de confirmando tutore, vel curatore sive de tutore dato puberi, et de curatore, dato a patre filio impuberi, confirmando. (*Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 692—707. *Lugd. Batav.* 1727. 4.) hat aber die Richtigkeit derſelben vollends auſſer allem Zweifel geſetzt. Die gloſſirten Handſchriften mögen wohl ſo, wie Haloander, und die oben angeführten gloſſirten Ausgaben geleſen haben. Dieſes ergiebt ſich aus der erzwungenen Erklärung der Gloſſe, welche den auch nicht entfernt in dem Geſetz enthaltenen Fall unterſtellt, daß der Vater ſeinem unmündigen Kinde einen Tutor *in testamento non utili* beſtellt habe. Allein ſchon Azo billigte die florentiniſche Leſart. Er ſagt nämlich: Sed si habes primo *puberi*: postea *impuberi*: plana est litera: et erit inutilis datio tutoris, ratione eius, cui datur: cum datur curator, ratione dantis, et eius, cui datur: quia non datur in testamento etiam solemni. Sed secundum primam literam inutilis est datio tutoris: quia minus solemniter datus est. Item *curatoris*, ratione eius, qui dat: quia non potest dari in testamento etiam solemni. Brent-

Praetor eos confirmare debebit. Denn das Gesetz der zwölf Tafeln, welches dem Vater das Recht giebt, seinen Kindern einen Vormund im Testament zu geben, redet nur von der Tutel, welche sich nicht über die Jahre der Unmündigkeit hinaus erstreckt. Die väterliche Gewalt berechtiget also den Vater nicht den Kindern einen Curator in seinem Testamente zu setzen [80]). Ist es dennoch geschehen, und die Kinder sind mündig, so kommt es darauf an, ob sie einen Curator verlangen; dann wird er von der Obrigkeit bestätiget. Ausserdem ist die Ernennung ungültig. In unserer Gesetzstelle hatte der Vater auf eine doppelte Art dem Rechte zuwider gehandelt. Denn es sind darin zwey Fälle enthalten. I. Der Vater wollte seinem Sohne, der schon mündig war, einen Curator setzen, und schrieb *tutorem*. Hier versahe es der Vater auf zweyerley Art; 1) daß er einem schon mündigen Kinde in seinem Testamente einen Vormund ernannte, wozu ihn die väterliche Gewalt nicht berechtigte, und 2) daß er diesen

man in der Gebauerischen Ausgabe sagt zwar Not. 27. pag. 445. Non tantum Hal. sed *omnes*, *quos vidi*, *codices* invertunt. Allein vermuthlich waren es lauter glossirte Handschriften. Dagegen sagt Lud. Charondas in seiner Ausgabe (Antwerpen 1575. f.) von der florentinischen Lesart: *immo recta est*, *neque mutari debet*; auch *Car. Frid.* Walch ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. cap. 2. §. 52. ist dem Rotgersius mit Recht beygetreten, welcher letztere Cap. II. §. 1. sqq. auch die ganz unnöthige Versetzung der Worte bey Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *Absolvi.* pag. 545. Si filio puberi pater *curatorem* dederit, aut impuberi *tutorem*, mit Recht verworfen hat.

80) §. 1. *J. de curator.* *L.* 7. *Cod. de testam. tut.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. cap. 6.

Vormund tutor nannte, der doch ein Curator seyn sollte. II. Der Vater hatte einem unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt, dem er einen Tutor geben wollte. Auch in dieser Ernennung liegt ein doppelter Fehler, 1) weil ein Curator im Testamente bestellt worden, der darin nicht bestellt werden konnte; 2) weil der Curator einem unmündigen Kinde gegeben worden, dem der Vater nur einen Tutor bestellen konnte. In beyden Fällen ist also die testamentarische Vormundschaftsbestellung ungültig, und bedarf einer obrigkeitlichen Bestätigung. Man kann hier sagen, der Vater habe sich entweder in einem Irrthume befunden, und seinen Sohn, der schon mündig war, für noch unmündig gehalten, und ihm, statt eines Curators, einen Tutor gegeben, oder er habe den Sohn, der noch unmündig war, für schon mündig gehalten, und ihm, statt eines Tutors, einen Curator gegeben; oder man kann auch sagen, der Vater habe sich in einer Rechtsunwissenheit befunden, und aus Unkunde des rechtlichen Unterschiedes zwischen tutor und curator, beyde Benennungen verwechselt. In einem gleichen Irrthume befand sich der Centurio bey Papinian [81]), der auch seinem impuberi filio einen Curator im Testamente bestellt hatte. Obgleich hier der Testirer Soldat war, so hatte er doch bey der Bestellung des Vormundes vor einem Paganus nichts voraus. Die Ernennung war also hier eben so ungültig, wie in dem Testamente eines Paganus. Papinian gedenkt ausdrücklich dabey des decreti Praetoris, vor dessen Erfolg der Vormund nicht verbunden war, sich der Vormundschaft zu unterziehen. Er mußte also erst bestätiget werden, eher war er auch nicht verantwortlich. Doch wir wollen den Papinian selbst reden lassen. Er sagt *libro sexto Responsorum.*

81) *L.* 40. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

IMPUBERI *filio* Centurio CURATOREM dedit; *decreto Praetoris non secuto*, si nihil curator datus administret: periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur. *Nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet*: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: *filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur.*

Hier sollte man also auch wohl emendiren, und statt *impuberi* filio lesen *puberi?* Wem ist dieses wohl bis jetzt noch eingefallen? warum will man nun in der *L.* 6. *h. t.* statt *impuberi curatorem dederit*, lieber *puberi* lesen? Es lebe die florentinische Lesart. Dieser gemäß ist denn also die Confirmation des Vormundes in beyden Fällen, von denen Papinian spricht, nöthig. Da nun aber in beyden Fällen ein Irrthum des Testirers zum Grunde liegt, man nehme nun einen error facti oder iuris an; so muß dieser bey der Bestätigung des Vormundes von der Obrigkeit zugleich verbessert werden. Der fehlerhaft bestellte Vormund muß also in dem ersten Falle nicht als Tutor, sondern als Curator, in dem letztern Falle aber nicht als Curator, sondern als Tutor confirmirt werden [82]).

§. 1310. b.

Confirmation wegen Mangels in Rücksicht der Form der testamentarischen Tutel.

Die testamentarische Tutel ist 3) ungültig, und bedarf

82) S. ROTGERSIUS cit. Distr. Cap. II. §. 8. et 9. p. 703. sq. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. V. Not. g. pag. 97. *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. 6. pag. 403. und *B.* VOORDA Thes. controversar. Decad. XVIII. §. 6.

einer obrigkeitlichen Bestätigung, wenn sie in Rücksicht der Form mangelhaft ist. Dahin gehört, a) wenn der Vater den Vormund in einem nicht gültigen Testamente, oder in codicillis non confirmatis bestellt hat, oder das Testament, in welchem der Vormund bestellet worden, ruptum oder irritum oder destitutum geworden ist.

L. 3. D. h. t. Julianus *libro XXI. Digestorum.* Qui a patre tutor scriptus est aut *non iusto testamento* [83]), aut non, *ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam* perinde ac si *ex testamento* tutor esset: id est, ut satisdatio ei remittatur.

L. 2. C. h. t. Imp. Alexander *A.* Neque per epistolam, neque *ex imperfecto testamento* tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed *voluntas patris* in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, *servari solet.*

L. 1. §. 1. D. h. t. Modestinus *libro VI. Excusationum* [84]). Si *codicillis non confirmatis* tutor

83) *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postam. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 142.) versteht die Worte *non iusto testamento* nicht blos von einem testamento non iure perfecto, sondern auch von einem testamento minus solemni. Allein daß der Vater auch in einem testamento inter liberos minus solemni den Kindern gültig Vormünder bestellen könne, ist schon oben §. 1306. S. 217 f. gezeigt worden.

84) *Franc.* Raguellus in Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. de confirm. tut. pag. 359. hält diese Inscription für unrichtig.

aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, tutores *secundum testatoris voluntatem* datos confirmari.

L. 26. §. 2. *D. de testam. tut.* PAPINIANUS *libro IV. Responsor.* Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet.

L. 31. *D. eodem.* SCAEVOLA *libro IV. Quaestionum.* Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius *ruptum* dicatur nato postumo: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

Denn so lange das Testament noch nicht für ungültig erklärt worden ist, ist kein Grund vorhanden, warum man von dem Willen des Vaters abgehen, und einen andern Tutor setzen wollte, als den der Vater bestellt hat, da im Zweifel die Vermuthung für das Testament streitet [85]). Die Obrigkeit bestätigt ihn also vor der Hand wenigstens zur Proceßführung. Der Ausgang des Processes wird nun lehren, ob die Tutel gültig bleibt, oder nicht. Wird nämlich für das Testament gesprochen, so bleibt der Vormund ein solcher aus dem Testamente. Wird es aber durch richterliches Erkenntniß rescindirt; so geht auch die väterliche Vormundschaftsbestellung zu Grunde, und die Tutel erhält also jetzt durch das Decret des Prätors ihre Gültigkeit, welche sie aus dem väterlichen Testament nicht mehr be-

Er meint, es müße *libro IV. Excusationum* gelesen werden, und zwar wegen *L.* 23. §. 12. *D. de Excusat.* welche ex MODESTINI *libro IV. Excusationum* genommen ist, und mit jener einerley Inhalt hat.

85) *L.* 10. *D. de inoff. testam.*

haupten konnte [86]). Daher ſagt Papinian *L.* 26. §. *ult. D. de testam. tut.* Eventus iudicatae rei declarabit, utrum *ex testamento patris*, an *ex decreto Praetoris* auctoritatem acceperit.

b) Wenn der Tutor ſeine Ernennung ſelbſt in dem Teſtamente geſchrieben hat, aber doch aus dem Teſtamente zu erſehen iſt, daß es nicht gegen den Willen des Vaters geſchehen ſey, und auch ſonſt dem Vormunde weiter nichts entgegenſteht [87]).

§. 1310. c.

Findet wegen Mangels in der Perſon des Tutors eine Confirmation Statt?

Unter den tutores non legitime testamento dati nennt Modeſtin in der oben angeführten Stelle [88]) zwar auch diejenigen, *quos non oportet*, und daß dieſes auf die ſubjective Eigenſchaft des Vormundes ſich beziehe, hat keinen Zweifel; allein hier kann der Mangel der Fähigkeit durch die obrigkeitliche Confirmation nicht immer ergänzt werden. Daher ſagt auch Hermogenian [89]), man ſolle bey der Unterſuchung, ob der Tutor auf eine geſetzmäßige

86) S. *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 5o. pag. 731. und *Jo. van* Nispen Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VIII. §. Prima. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 71.)

87) *L.* 29. *D. de testam. tut. L.* 18. §. 1. *D. de lege Corn. de falsis.* S. §. 1303. S. 164 ff.

88) *L.* 13. §. 2. *D. de Excusat.*

89) *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

Art bestätiget worden sey, unter andern darauf Rücksicht nehmen, *an is detur, cuius dandi facultas erat*, welches ohne Zweifel auf den Vormund geht [90]). Nun hat zwar die testamentarische Tutel allerdings das vorzüglich Eigene, daß auch solche Personen zu Vormündern ernannt werden können, welche zur Führung einer Tutel in dem Zustande, worin sie sich befinden, nicht fähig sind, wie z. B. Minderjährige, Wahnsinnige u. d. [91]), und die Obrigkeit darf sie nicht schlechterdings verwerfen [92]); allein eine Confirmation findet hier nicht Statt [93]). Die Obrigkeit muß in solchen Fällen einen Interims-Vormund setzen, bis das Hinderniß gehoben ist [94]). Eben so wenig kann die Obrigkeit eine Frauensperson [95]), oder eine ungewisse Person [96]), oder einen solchen Vormund confirmiren, dessen Bestellung der Wahl des Erben, oder eines Dritten überlassen worden [97]), und eben so ungültig würde auch

90) S. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad §. 1. L. 7. cit. §. 6. pag. 541.

91) §. 2. *J. Qui testam. tutor. L.* 11. *D. de tutel. L.* 10. §. 3. *D. de testam. tut.*

92) S. Heineccii Diss. de suprema Princip. Magistratuumque tutela. §. 18. (in *Opusculor. varior. Syll.* pag. 721.)

93) S. Finestres *et de* Monsalvo c. l. §. 7. pag. 542.

94) *L.* 10. §. 7. *D. de Excusation.*

95) *L.* 26. *pr. D. de testam. tut.*

96) Montanus Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. X. nr. 21. sqq. Man sehe jedoch §. 1301. S. 82. f. und *Christ. Gottl.* Hausold Opuscul. academ. Vol. I. p. 366.

97) *L.* 32. *pr. D. de hered. instit. L.* 43. §. 2. *D. de legat. I.* S. Montanus c. l. nr. 31. et 32. und Hausold Opusc. academ. a Wenck edit. Vol. I. pag. 366. sq.

die Bestätigung eines solchen Vormundes seyn, der taub und stumm [98]), oder der nicht erbfähig ist [99]).

Allein es kann doch zuweilen auch bey einer vom Vater gültig bestellten testamentarischen Tutel eine obrigkeitliche Bestätigung wegen der Eigenschaften des Vormundes nöthig seyn, nämlich wenn sich dieselben unterdessen geändert haben, z. B. der als wohlhabend bestellte Vormund ist nachher verarmt, oder der als Freund ernannte Tutor ward nachher des Testirers Feind; oder dem Testirer waren die Sitten und Gesinnungen des von ihm ernannten Vormundes nicht so bekannt, als sie die Obrigkeit kannte, so daß es nun zweifelhaft ist, ob der Wille des Vaters oder Testirers unter diesen Umständen noch für fortdauernd zu halten sey, und deshalb eine Untersuchung nöthig ist [100]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 4. *D. de testam. tut.* Modestinus *libro VII. Differentiarum.* A patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: *nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit:* veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 8. *D. de confirm. tut.* Tryphoninus *libro XIV. Disputationum.* In confirmando tutore hoc Praetor inquirere debet: an duraverit patris voluntas:

98) *L.* 10. §. 1. *D. de legitim. tutor.*

99) *L.* 21. *D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 16. S. Finestres Hermogenian. c. l. pag. 542. und *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. l. Illat. 45.

100) S. *Jo. van* Nispen Diss. ad Herenn. Modestinum. Cap. VIII. §. Prima. (in Oelrichs *Thes. Diss. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 70. sq.)

quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatium dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt.

§. 1311.

Confirmatio necessaria et voluntaria, cum inquisitione et sine inquisitione. Wenn findet die eine, und wenn die andere Statt?

Die obrigkeitliche Bestätigung geschieht nun entweder aus gesetzlicher Nothwendigkeit, oder freywillig, so daß die Beybehaltung des Tutors blos von dem Decret der Obrigkeit abhängt, z. B. das Testament des Vaters ist aus Gründen des Civilrechts für schlechterdings ungültig erklärt, oder es ist ungültig geworden, so daß dadurch die testamentarische Tutel mit zu Grunde gegangen ist, oder der Testirer, welcher den Pupillen im Testament zum Erben hätte einsetzen sollen, hat ihm nichts hinterlassen, es war also weder ein Recht noch Grund vorhanden, demselben im Testament einen Vormund zu ernennen. Der Unterschied besteht vorzüglich darin, daß zwar jener, nicht aber dieser der Mutter vorgeht, wenn sie die Tutel übernehmen will [1]).

Die Bestätigung geschieht ferner entweder *omnimodo*,

1) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 5. §. 17. et 18. (Vol II. pag. 54.) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. Vol. II. h. t. §. 4. und Ayrer Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutorib. §. 12.

d. h. wie es Justinian [2]) erklärt, sine inquisitione, wenn die Obrigkeit bey der Bestätigung auf weiter gar nichts Rücksicht nimmt, als auf den Willen des Vaters, ob dieser nämlich noch zur Zeit seines Todes derselbe geblieben, wie er ihn wegen der Vormundschaftsbestellung im Testamente erklärt hat [3]); oder sie geschieht *cum inquisitione*, wenn die Obrigkeit nicht blos darauf Rücksicht nimmt, ob der Wille des Testirers noch zur Zeit seines Todes fortgedauert habe, sondern zugleich die Tüchtigkeit des Vormundes in Absicht auf Sitten und Vermögen untersucht [4]). Hierher gehört die Stelle aus Modestinus *libro I. Excusationum*, welche in der *L.* 21. §. 5. *D. de tutoribus et curator datis* enthalten ist.

Πρὸς τοῖς λοιποῖς δικαίοις δεῖ τὸν ἄρχοντα καὶ τοὺς τρόπους τῶν μελλόντων χειροτονηθήσεσθαι σκοπεῖν· οὔτε γάρ οὐσία, οὔτε ἀξίωμα ὄντως ἱκανὸν πρὸς πίστιν, ὡς ἀγαθὴ προαίρεσις, καὶ χρηστοὶ τρόποι.

Diese Stelle, welche der lateinische Ausleger ganz falsch übersetzt hat, lautet nach der richtigern und elegantern Interpretation des Anton Augustinus [5]) folgendermassen.

2) §. 5. *J. de tutel.*

3) *L.* 8. *D. h. t.* aus Tryphonin, welche schon oben angeführt worden. S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 5. §. 10. 11. et 12.

4) *L.* 1. §. 2. *D. h. t. L.* 18. §. 1. *D. de L. Cornel. de falso.* S. Donellus Lib. III. Cap. 5. §. 13. 14. et 15. und Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

5) Ad Modestinum de Excusationib. (in Ev. Ottonis *Thes. Juris Rom. Tom. IV.* pag. 1562.)

Inter ceteras causas Magistratum oportet creandorum mores animadvertere: neque enim tam facultates, aut dignitas, apta sunt ad fidem eis habendam, quam vitae institutum decens [6]*), et mores probi.*

Es entsteht nun die Frage, wenn die Confirmation *omnimodo* geschehen kann, und wenn sie cum inquisitione geschehen muß? Hugo Donellus [7]) nimmt für die erste Art der Confirmation zwey Fälle an, 1) wenn der Vormund vom Vater ernannt, 2) wenn er von einem Extraneus bestellt worden, der den Pupillen, welcher sonst kein weiteres Vermögen besitzt, zum Erben eingesetzt hat. Allein dieser Meinung widerspricht der Ausspruch des Modestinus *libro IV. Excusationum*, welcher *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt:

Καὶ ἐάν μὲν πατὴρ ᾖ ὁ δεδωκὼς, περαιτέρω οὐδὲν ὡς, ἐπὶ τὸ πλεῖστον πολυπραγμονεῖ ὁ ἡγούμενος, ἀλλ' ἁπλῶς, αὐτὸν βεβαιοῖ. Ἐὰν δὲ ἄλλος τις, τότε πολυπραγμονεῖ τὸ πρόσωπον, εἰ ἐστὶν ἐπιτήδειον. d. h. nach Augustinus [8]) Ueberſetzung: *Et si*

6) Der alte lateiniſche Interpres hat die Worte: ἀγαθὴ προαίρεσις überſetzt: *bona electio.* Allein offenbar iſt hier von dem guten Lebenswandel die Rede. Theophilus in Paraphr. graec. ad princ. J. de Satisdat. tutor. vel curat. in fin. ſagt nach der Ueberſetzung von Reitz: *Solet enim Magistratus haec inquirere; an probus sit vita, an locuples, an habeat vitae pignora, id est, liberos, (nam liberos habens novit, quomodo gerere se debeat erga pupillos, quibus loco patris datur:) et an caram habeat, quae ipsum tulit.* Man verbinde damit noch die *Basilica* Tom. IV. pag. 830.

7) Loc. cit. §. 7.

8) Cit. loc. pag. 1560.

quidem pater erat, qui dedit (sc. *tutorem*), *plerumque* [9]) *non inquirere solet Praeses, sed simpliciter confirmare. Si vero alius, diligenter inquirit, an idoneus sit.*

Eben dieſes beſtätiget Modeſtinus *libro VI. Differentiarum*, wo aus der *L.* 4. *D. de testam. tut.* beſonders die Worte merkwürdig ſind.

Sed et *inquiri* in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: *cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur; nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus,* vel ex divite pauperior effectus sit.

Für den testator extraneus, der den Pupillen zum Erben eingeſetzt hat, führt zwar Donellus [10]) die *L.* 4. *D. h. t.* an, wo Paulus ſagt:

9) Das *Plerumque*, wofür der alte Interpres ganz unrichtig *amplius* geſetzt hat, deutet unſtreitig auf den Fall hin, wenn der Vater einem natürlichen Kinde einen Vormund im Teſtamente beſtellt, und dieſem etwas hinterlaſſen hat. Denn hier wird der Vormund nicht ohne Inquiſition confirmirt. *L.* 7. *pr. D. h. t.* Viele wollen zwar einen Unterſchied machen, ob der Vater dem natürlichen Kinde etwas vermacht hat, oder nicht, und meinen, daß in dem erſten Falle der Vormund eine inquisitione, und nur in dem letzten Falle cum inquisitione zu confirmiren ſey. S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. *Jo. Gottl.* Heinecius Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. IV. h. t. §. 299. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Allein daß dieſer Unterſchied einer richtigen Interpretation der angeführten *L.* 7. nicht entſpreche, iſt oben §. 1310. a. S. 266 — 271. ausführlich gezeigt worden.

10) Loc. cit. §. 9.

Si patronus vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus: non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret.

Er meint daher, daß ob affectum testatoris erga pupillum paterno haud dissimilem der von demselben dem Pupillen im Testament bestellte Vormund ohne Inquisition confirmirt werden könne. Allein das Gegentheil lehrt Papinian *libro IV. Responsorum*, woraus die *L. 28. D. de testam. tut.* genommen ist. In dieser Stelle heißt es §. *ult.*

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem eius, *si fides inquisitionis congruat*, Praetor sequetur.

Daß hier vorauszusetzen sey, der Patron habe den unmündigen libertus zum Erben eingesetzt, versteht sich von selbst, weil ja nicht einmal die Mutter einem Kinde anders einen Vormund ernennen kann, als wenn sie dasselbe zugleich in ihrem Testamente zum Erben einsetzt, wie Modestin [11]) lehrt. Nun stellt Paulus in der vom Donellus citirten Stelle dem Patron jeden extraneus gleich, wie die Worte: *vel* QUIVIS *extraneus* deutlich anzeigen; es folgt also daraus, daß der von einem testator extraneus einem Pupillen im Testament bestellte Vormund anders nicht als cum inquisitione bestätiget werde, wenn er auch den Pupillen zum Erben eingesetzt hat [12]).

11) *L. 4. D. de test. tut.*

12) Man sehe Jac. Cujacius Comment. in Lib. V. Respon-

Die richtigere Meinung der Rechtsgelehrten [13]) iſt alſo wohl die, daß

I. ein von einem rechtmäßigen väterlichen Aſcendenten einem emancipirten Kinde gegebener, oder ſonſt von ihm unregelmäſſig ernannter Vormund ſchlechthin (omnimodo) zu beſtätigen ſey, auch wenn das Kind nicht zum Erben eingeſetzt worden iſt [14]), vorausgeſetzt, daß nicht unterdeſſen eine gerechte Urſach eingetreten ſey, welche es zweifelhaft macht, ob, bey der eingetretenen Veränderung der Umſtände in der Perſon des Vormundes, der Vater bey ſeinem Willen werde geblieben ſeyn, oder nicht. Denn hier kann auch wohl die Obrigkeit von der Verfügung des Vaters wegen vermutheter Willensänderung deſſelben abgehen [15]). Dahingegen

II. der von der Mutter, oder von dem natürlichen Vater, oder auch von jedem Fremden (extraneus) er-

sor. Papiniani ad §. ult. L. 28. D. de testam. tut. (*Oper. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. p. 185. sq.)

13) *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. et 3. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. V. — VIII. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris secund. ord. Digestor. h. t. §. 4 — 7. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 659. Thibaut System des Pandecten Rechts. 1. B. §. 504.

14) *L.* 4. *D. de test. tut. L.* 1. §. 2. *L* 3. *L.* 6. *D. h. t.* §. *ult. J. de tutel. L.* 2. *Cod. h. t.* (V. 29.)

15) *L.* 8. *L.* 9. *et* 10. *D. h. t.* In der *L.* 9. führt Paulus den Fall an, si cum fisco aliquem contractum damnosum miscuisset sc. tutor. Dahin gehört z. B. wenn derjenige, welchen der Vater zum Vormund ſeiner Kinder beſtellt hat, ſich in eine conductio vectigalium eingelaſſen hat. *L. un. C. Ne tutor, vel curator vectigalia conducat.* (V. 41.)

nannte Vormund nur dann, wenn das Kind zugleich zum Erben eingesetzt worden, und zwar anders nicht, als nach angestellter Untersuchung über die Tauglichkeit desselben, (cum inquisitione), zu bestätigen ist [16]). In diesem Falle wird nun auch ein Decret der Obrigkeit erfordert, quod Praetor non ante interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis tutoribus, wie Papinian *L.* 5. *D. h. t.* sagt. Daher rechnet es Hermogenian zu den Erfordernissen einer ex inquisitione gültig geschehenen Confirmation, ut pro tribunali decretum sit interpositum [17]).

Der Unterschied, den die Gesetze hier in Absicht auf die Confirmation zwischen den Vormündern machen, daß nämlich die in dem ersten Falle schlechthin, die in dem letzten Falle aber anders nicht als cum inquisitione von der Obrigkeit bestätiget werden sollen, beruhet unstreitig in dem Rechte der väterlichen Gewalt. Aus diesem Grunde geben die Gesetze nur den rechtmäßigen väterlichen Ascendenten ein Recht, ihren unmündigen Descendenten testamentarische Vormünder zu ernennen. Deswegen kommt es auch bey solchen Ascendenten gar nicht darauf an, ob sie die unmündigen Kinder zu Erben einsetzen, oder nicht, weil der Tutor mehr der Person, als dem Vermögen gegeben wird, und die väterliche Gewalt durch die Enterbung nicht aufgehoben wird. Diese väterliche Gewalt hinterläßt aber auch noch, nach geschehener Aufhebung derselben, so bedeutende Spuren, daß der Vater im Verhältniß zu den emancipirten Kindern nicht für einen extraneus gehalten werden kann. Denn ihrer nahm sich auch schon der Prätor

16) *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *et* 7. *D. h. t. L.* 1. *Cod. h. t.* (V. 29.)

17) *L.* 7. §. 1. *D. h. t. S. Jos.* Finestres *et de* Montalvo Hermogenian. pag. 542. *sq.*

an, und gab ihnen die bonorum possessio, wenn ſie vom Vater weder eingeſetzt, noch förmlich waren enterbt worden. Dieſe Spuren zeigen ſich aber auch hier bey der Beſtellung der Vormünder für ſie, daß ſie omnimodo, (ἁπλῶς) d. h. sine inquisitione beſtätiget werden müſſen [18]). Denn die Alten haben immer dem Urtheile und der Verfügung eines ſolchen Teſtirers, der Gewalt über den Pupillen hatte, ein größeres Gewicht und Vertrauen beygelegt, als der Vormundſchaftsbeſtellung eines jeden andern Teſtirers. Von einem ſolchen Teſtirer ſagen die Geſetze [19]): in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur. Daher muß jeder andere Teſtirer, der kein rechtmäßiger väterlicher Aſcendent des Pupillen iſt, auch der natürliche Vater, ſo wie die Mutter, die unmündigen Kinder zu Erben einſetzen, oder ihnen ſonſt ein Vermögen hinterlaſſen, denen ſie einen Vormund im Teſtament beſtellen wollen, wenn er von der Obrigkeit confirmirt werden ſoll. Denn nun erfordert es die Billigkeit, daß der Tutor confirmirt werde, damit der Teſtirer nicht getäuſcht werde, welcher dem Pupillen ſein Vermögen vielleicht nicht hinterlaſſen haben würde, wenn er nicht zugleich für die treue Verwaltung und Erhaltung dieſer Güter durch Beſtellung eines ſichern Vormundes hätte ſorgen dürfen [20]).

18) §. 5. *J. de tutelis.*

19) *L. 4. D. de testam. tut.*

20) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Lib. V. Responsor. Papiniani ad L. 6. D. de confirm. tut. (*Opp. postum. a* Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 188.) *Ant.* Fabri Jurispr. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 711. sqq. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. In matre. (*Opp.* Tom. II. pag. 544.) *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm.

Es ist jedoch noch ein Unterschied merkwürdig, den die Gesetze zwischen der Mutter und einem testator extraneus machen. Bey der Mutter kommt es nicht darauf an, ob die Kinder, denen sie in ihrem Testamente einen Vormund ernennt, außer dem Vermögen, welches sie ihnen hinterläßt, auch noch eigenes Vermögen haben, oder nicht. Ein extraneus hingegen kann einem Pupillen nur dann einen Vormund im Testamente ernennen, wenn dieser sonst kein Vermögen besitzt, als was ihm der Testirer hinterlassen hat. Paulus macht dieses in den Worten der *L.* 4. *D. h. t.* et *extra ea* nihil in bonis habeat pupillus, zur ausdrücklichen Bedingung, unter welcher non male dicetur, iudicium eius sc. *extranei* sequendum esse, welches, wie Anton Faber [21]) bemerkt, den Grund hat: quia sicut absurdum esset, velle illum dare legem administrationi bonorum, quae aliunde, quam a se, pupillus haberet, ita et illud absurdius, tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat. Was jedoch von der Mutter gilt, muß auch wohl von dem natürlichen Vater gelten, weil die Gesetze [22]) von diesem weiter nichts fordern, als daß er dem Kinde Etwas hinterlasse, oder sonst zuwende.

Noch pflegen mehrere Rechtsgelehrten [23]) bey der obrigkeitlichen Bestätigung cum inquisitione zu unter-

tut. §. 3. pag. 534. und Herm. Vultejus Commentar. in Institut. ad §. 5. J. de tutel. nr. 9. et 10. pag. 106.

21) Cit. loc. pag. 712. Man sehe auch Finestres et de Monsalvo c. l. §. 4. pag. 534. aq.

22) *L.* 7. *D. h.* t. *L. ult. Cod. eodem.*

23) *Jo.* Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. et 4. Thibaut Syst. des Pandecten Rechts I. B. §. 504.

ſcheiden zwiſchen derjenigen, welche cum satisdatione, und welche sine satisdatione geſchieht. Soviel iſt richtig, daß der von einem rechtmäßigen väterlichen Aſcendenten beſtellte, und von der Obrigkeit ohne Inquiſition beſtätigte Vormund, auch von der Cautionsleiſtung frey ſey. Julian ſagt *libro XXI. Digestorum* [24]) ausdrücklich: Qui a PATRE tutor scriptus est aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si *ex testamento* tutor esset, id est, *ut satisdatio ei remittatur;* und Juſtinian führt in ſeinen Inſtitutionen [25]) zum Grunde an: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Allein bey der Confirmation cum inquisitione unterſcheidet man folgendermaſſen.

1) Der von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund, werde zwar cum inquisitione, aber ohne Satisdation [26]);

2) der von andern Perſonen beſtellte Vormund aber werde erſt nach vorgängiger Unterſuchung und Satisdation beſtätiget, ſofern das Kind ſonſt keine Güter hat [27]).

Iſt es jedoch wahr, was Juſtinian in ſeinen Inſtitutionen [28]) ſagt: *Ex inquisitione* tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur, *quia idonei electi sunt*; ſo kann mit einer confirmatio *cum inqui-*

Hofeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1609.

24) *L. 3. D. h. t.*

25) *Princ. J. de Satisdat. tutor. vel curator.* (I. 24.)

26) *L. 2. L. 7. L. 11. D. h. t. L. 1. C. eodem.*

27) *L. 26. § 2. D. de testam. tut. L. 4. et L. 5. D. h. t.*

28) *Pr. J. de satisdat. tutor. vel. curator.*

sitione keine Satisdation verbunden seyn. Paulus [29]) gedenkt auch der Satisdation mit keinem Worte da, wo er von dem Falle spricht: Si *patronus*, vel *quivis extraneus* impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit. Und Papinian *libro XI. Quaestionum* [30]) sagt ausdrücklich: Si curator patronus petatur, *fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis*. Daher interponirte auch, wie eben dieser römische Jurist sagt [31]), der Prätor das Confirmations-Decret nicht eher, quam tutoribus *per inquisitionem* idoneis pronuntiatis. Nun spricht zwar dennoch Papinian von einer Verantwortlichkeit des Magistrats, welcher von den von ihm bestätigten Tutoren Caution bestellen zu laßen unterlassen hatte. Es heißt nämlich in der *L. 5. D. h. t.*

Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare. Hi cautionem quoque accipere debuerunt: nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratus excusat. — Unde sequitur, ut si tutelae tempore solvendo non fuerunt: in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

Allein es ist daselbst die Rede von Municipal-Obrigkeiten, welche man *magistratus* schlechtweg, ohne den Zusatz populi Romani nannte [32]). Diesen hatte der Prätor aufgetragen, die Vormünder zu bestätigen, welche

29) *L. 4. D. h. t.*

30) *L. 13. in fin. D. de tutorib et curator. datis.*

31) *L. 5. D. h. t.*

32) Tit. Dig. *de magistratibus conveniend.* (XXVII. 8.) S. Hugo Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 702. Z. 25. der 6. Aufl.

der Vaters Bruder, qui *iure* tutores dare non potuit, in ſeinem Teſtamente beſtellt hatte. Daß Municipal-Obrigkeiten das Recht hatten, Vormünder zu beſtellen, iſt außer Zweifel [33]). Daß ihnen alſo auch der Auftrag ertheilt werden konnte, Tutoren zu beſtätigen, iſt eben ſo gewiß. Eine Aufforderung vom Prätor oder Präſes war auch hier gewöhnlich [34]). Dieſe Municipal-Obrigkeiten hatten aber nicht die Gewalt, welche die magistratus maiores, der Prätor, oder der Präſes der Provinz, hatten. Sie konnten daher ſolche Geſchäfte, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, wie Paulus *libro I. ad Edictum* [35]) ſagt, nicht vornehmen, und folglich auch Vormünder ex inquisitione nicht beſtellen oder beſtätigen, ſondern immer nur cum satisdatione, ſtatt daß bey den magistratus majores, welche ein imperium hatten, die Inquiſition die Stelle der Satisdation vertrat. In dem Falle, von welchem Papinian in der *L.* 5. ſpricht, hatten nun die Municipal-Beamten vergeßen, von den Tutoren, welche der patruus in ſeinem Teſtament beſtellt hatte, bey deren Beſtätigung die erforderliche Caution leiſten zu laſſen. Nun fand ſich's, daß die Tutoren tutelae tempore, d. h. zur Zeit der geendigten Tutel, nicht ſolvent waren. Da die magistratus ihre Nachläßigkeit mit nichts zu entſchuldigen vermoch-

33) *L.* 3. *D. de tutorib. et curator. datis.* *L.* 2. §. 23. *D. ad SCtum Tertyll.* S. *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 20. pag. 93.

34) *L.* 46. §. 6. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* *L.* 1. §. 6. *D. de magistrat. conveniend.* §. 4. *J. de Atiliano tutore.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XV. cap. 19. circa fin.

35) *L.* 26. *D. ad Municipalem.* S. Roth. d. l. §. 21.

ten, so hafteten sie billig für den Rechnungs-Defect der Vormünder, und die Klage gegen sie war vollkommen begründet. Mit Recht sagt daher Cujaz [36]), es sey in Absicht auf Cautionsleistung kein Unterschied, die Confirmation sey ohne, oder mit Inquisition geschehen. Daß Tutoren, welche ex inquisitione bestätiget werden, keine Caution leisten dürfen, lehrt auch Hugo Donellus [37]), und Gerhard Noodt [38]) hat aus der L. 5. richtig bewiesen, daß die Satisdation nur den Mangel der Inquisition in dem Falle ersetze, wo sie nöthig war. Es ist daher ein offenbarer Irrthum, wenn einige [39]) behaupten wollen, beym Vaters-Bruder sey es etwas Besonders, daß wenn derselbe seinem Neffen einen Vormund ernannt hat, dieser nur mit Satisdation bestätiget werde. Richtiger unterscheiden andere [40]) nach dem Röm. Rechte, zwischen magistratus maiores und minores. Bey dem erstern war die confirmatio ex inquisitione hinreichend, letztere aber konnten nur cum satisdatione confirmiren.

§. 1311. a.

Bleibt der bestätigte Vormund ein testamentarischer, oder ist er für einen Dativ-Tutor zu halten?

Es entsteht nun hier noch die sehr bestrittene Frage,

36) Comment. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. de confirm. tut. (*Oper. postum.* Tom. I. p. 311 sqq.)

37) Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 18. (Vol. II. edit. *Norimb.* 1805. 8. pag. 55.)

38) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Sunt, qui putent.* p. 545.

39) Hopacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 634.

40) *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 5. Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 299. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 659.

ob ein obrigkeitlich beſtätigter Vormund ein teſtamentariſcher bleibe, oder nicht vielmehr durch die Confirmation in einen Dativ-Vormund verwandelt werde? Die Meinungen ſind hier ſehr verſchieden. Nach einigen bleibt der beſtätigte Vormund ein téſtamentariſcher [41]). Nach andern [42]) wird er zu den Dativ-Vormündern gezählt. Andere [43]) nehmen eine aus der teſtamentariſchen und Dativ-Tutel gemiſchte Art der Vormundſchaft an. Noch andere [44]) unterſcheiden, ob der Vormund von einem ſolchen

41) Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 17. et 18. Maranus Paratitl. Digest. h. t. Vinnius Comment. ad §. 5. J. de tutelis. *Hub.* Giphanius Antinomiar. iuris civ. s. Disputation. ad Institut. Lib. I. Disp. V. nr. 12. pag. 84. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 4. Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 300. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 6. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 633. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 735. a. E.

42) *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. cap. 7. et ad L. 5. D. h. t. Lib. XI. Quaest. Papin. (*Opp. postum* Tom. I. pag. 311.) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. *Jo.* Voet Comm. ad Pand h. t. §. 1. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 6. und Thibaut Syst. des Pand. R. §. 504. a. E.

43) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Illud quaeritur.* pag. 544. *Helfr. Ulric.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 8. pag. 193 — 196. *Corn. van* Eck Princip. iuris civ. h. t. §. 2. *Henr. de* Cocceji Jur. civ. controv. P. II. h. t. Quaest. un. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Bd. IV. Buch §. 156.

44) *Reinh.* Bachov Not. et Animadversion. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. D. ad verba: *Et*

Testirer ernannt worden, welcher nach den Gesetzen das Recht hat, einen testamentarischen Vormund zu bestellen, z. B. von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten, oder ob die Ernennung des Vormundes von einem Andern geschehen sey, dem dieses Recht nach den Gesetzen nicht zustand, z. B. von dem natürlichen Vater des Pupillen, oder von der Mutter, oder von einem extraneus. Im ersten Falle, wo die Confirmation schlechthin geschieht, sey der bestätigte Vormund zu den testamentarischen, in dem letztern aber, wo eine Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjects erfordert wird, sey er zu den Dativ-Vormündern zu rechnen.

Unter diesen so verschiedenen Meinungen verdient unstreitig die erstere, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten beystimmen, den Vorzug. Daß der bestätigte Vormund ein testamentarischer bleibt, die Bestätigung sey mit oder ohne vorgängige Untersuchung geschehen, sieht man schon daraus, weil in beyden Fällen gesagt wird: Praetor, qui confirmat tutorem, *defuncti sequitur iudicium.* So spricht Paulus *libro VII. Quaestionum* [45]). Den Willen des Testirers muß aber die Obrigkeit bestätigen. Paulus sagt *libro singulari de Excusationibus tutelarum* [46]) ausdrücklich: non male dicetur, *iudicium eius sequendum esse*, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita

hic tutor magis. pag. 407. sq. und *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo in Hermogeniani libros Epitomar. Commentar ad §. 1. L. 7. D. de confirm. tut. §. 2, — 5. pag. 540. sq.

45) *L.* 32. *D. de excusat. tutor.*

46) *L.* 4. *D. h. t.*

dilexit, ut eum heredem institueret. Hier iſt zwar vom Patron, ſo wie von jedem andern extraneus die Rede, der den Pupillen zum Erben eingeſetzt, und ihm einen Vormund beſtellt hat. Daſſelbe muß aber noch vielmehr vom Vater gelten, von dem der Kaiſer Alexander [47]) ſagt: *voluntatem patris* in constituendis tutoribus et curatoribus a iudice *servari solere*, ad cuius officium haec res pertinet [48]). Schon die Erklärung des Ausdrucks *confirmare tutorem* ſetzt die Richtigkeit dieſer Meinung auſſer Zweifel. Denn *confirmare* heißt in den Geſetzen des Römiſchen Rechts [49]) nichts anders, als eine an ſich ungültige Handlung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Fehlers, dergeſtalt bey Kräften erhalten, als wenn ſie auf eine geſetzmäßige Art geſchehen wäre [50]). Alſo einen Vormund confirmiren heiſt ſoviel, als eine an ſich ungültige Vormundſchaftsbeſtellung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Mangels, erhalten, und dasjenige, was an dem Willen des

47) *L.* 2. *C. h. t.*

48) Man vergleiche noch *L.* 4. *D. de testam. tut. L.* 1. §. 2. *L.* 6. *D. h. t.* woraus zu erſehen iſt, daß das solere in der *L.* 2. *C. h. t.* für debere genommen werde. S. *Christ. Gottl.* Haubold Opusc. academ. Vol. I. pag. 366.

49) *L.* 29. *L.* 38. *D. de adoption. L.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt. L.* 38. §. 6. *D. ad L. Jul. de adult.* S. Heineccii Diss. de suprema Princip. magistratuumque tutela. §. 20. (*Opusculor. varior. Syll.* pag. 723.)

50) In dieſer Bedeutung wird das Wort *confirmare* auch von den nichtjuriſtiſchen Claſſikern gebraucht. S. z. B. Cicero Orat. *ad populum et equites Roman. antequam iret in exilium.* Cap. 7. (*Opp.* Cicer. P. V. p. 3331. edit. Verburg. *Amstel.* 1724. 8.) et Orat. *pro domo et Pontific.* cap. 18. (*Opp.* P. IV. pag. 2266.)

Testirers, nach Vorschrift der Gesetze, fehlt, dem Willen desselben gemäß, durch obrigkeitliche Auctorität dergestalt ergänzen, als ob die Ernennung des Vormundes im Testamente selbst gültig geschehen wäre [51]). Nicht nur Modestinus sagt dieses in den Worten der *L.* 1. §. 1. *h. t.* Constitutiones permiserunt, *quod deest, consulari potestate suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari;* sondern auch Julian bestärkt *libro XXI. Digestorum* jene Bedeutung noch deutlicher, wenn er *L.* 3. *D. h. t.* sagt: Qui a patre tutor scriptus est, aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: *confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si* EX TESTAMENTO *tutor esset*, id est, ut satisdatio ei remittatur. Ist also nach diesen Gesetzstellen der bestätigte Vormund so anzusehen, als ob er im Testamente gültig zum Vormund wäre ernannt worden, ist er tutor *ex testamento*, so kann er ja nicht tutor dativus seyn. Denn *ex testamento patris* und *ex decreto Praetoris* auctoritatem accipere setzt Papinian *L.* 26. *in fine D. de testam. tut.* einander entgegen. Daher geht auch der bestätigte Vormund dem gesetzlichen vor. Noch mehr aber wird man sich davon überzeugen, wenn man erwägt, daß ein bestätigter Vormund, wenn er sich excusirt, des Vermächtnisses verlustig wird, welches ihm in dem Testamente war hinterlassen worden; von dieser Strafe hingegen wird ein Dativ-Tutor darum freygesprochen, weil dieser durch die Excusation nicht gegen den Willen des Testirers, als welcher ihn nicht zum Vormund bestellte, gehandelt hat. So respondirte Paulus *libro VII. Quaestionum* nach

51) S. Haubold Diss. de tutore incerto. §. 5. (*Opuscul.* Vol. I. pag. 366.)

der Meinung des Scävola, woraus die merkwürdige *L. 32. D. de Excusationib.* genommen iſt, welche ſo lautet.

Nesennius Apollinaris Julio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aeque pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se a tutela. Quaero an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excuset se, an aeque repellendus sit a legato: et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi: qui non iure datus sit vel tutor, vel curator *a patre*, confirmatus a Praetore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato, idque et Scaevolae [52]) nostro placuit: *nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium.* Idem *in matris testamento* dicendum est.

52) Die Meinung des Scävola iſt ausgeſprochen, in der *L. ult. D. h. t.* welche aus deſſen *Libro XX. Digestorum* genommen iſt. Avia nepotibus curatorem dedit, *fideicommisso ei relicto*; quaesitum est, an administrare curator compelli debeat? Respondit, curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet: nisi id, quod ei datum esset, nollet petere, aut reddere esset paratus. Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat? Respondit, quasi curatorem non debere; sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere.

Similis est matri *quivis extraneus*, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit: quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quodque idem dedit, repelli debere.

Hiermit iſt noch die *L.* 34. *D. eodem* zu verbinden, welche aus demſelben *libro VII. Quaestionum* Pauli genommen iſt, und die Fortſetzung enthält.

Ex eis apparet, non esse his similem eum, *quem Praetor tutorem dedit*, quum posset uti immunitate: *hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris*, nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus.

Wie könnte nun der beſtätigte Vormund dem Willen des Teſtirers durch die Excuſation zuwider handeln, wenn er nicht tutor ex testamento, ſondern dativus wäre? Unde cessat hac in causa illud, ſagt daher mit Recht der unſterblich verdiente Haubold [53]), quod *argum. L.* 3. *D. de confirm. tut.* vulgo dicitur, tutores ex inquisitione aut satisdatione confirmatos aequiparari dativis; siquidem dativi immunes sunt a poena excusationis, confirmati secus. Und es hat keinen Zweifel, wenn Bachov [54]) ſagt, der beſtätigte

53) Diss. Quatenus tutor excusatione, usus legatum adscriptum amittat? §. 3. (in *Opuscul. academ.* Vol. I. p. 385.)

54) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. VIII. Th. 2. Lit. D, pag. 407. Man ſehe auch vorzüglich *Jo. God.* Krause Diss. de eo, quod iustum est circa tutelam maternam (*Vitemb.* 1724.) §. 37.

Vormund gehe ohne Unterſchied, die Beſtätigung ſey ex inquisitione geſchehen, oder nicht, den geſetzlichen Vormündern, und ſelbſt der Mutter und Großmutter vor. Es erhellet dieſes auch ganz klar aus der Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L. ult. C. Quando mulier tutelae officio fungi potest*, (V. 35.) wo es heißt, wenn der Vater ſeinen natürlichen Kindern in dem Vermögen, welches er ihnen hinterlaſſen, keinen Vormund geſetzt hat; ſo ſoll die Mutter zur Vormundſchaft derſelben, wenn ſie ſolche übernehmen will, auf gleiche Art, wie bey ehelichen Kindern, zugelaſſen werden. Der teſtamentariſche Vormund würde alſo die Mutter ausſchließen. Daß aber ein ſolcher Vormund von der Obrigkeit beſtätiget werden müßte, ſagt Juſtinian ſelbſt *L. ult. C. h. t.* und *Nov. LXXXIX. Cap.* 14. Daher ſpricht auch Juſtinian in der *Nov. CXVIII. Cap.* 5. ganz allgemein: *testamentariis solum tutoribus eas praecedentibus*, ohne zwiſchen beſtätigten und nicht beſtätigten Vormündern einen Unterſchied zu machen; und fügt den Grund hinzu: *Nam defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.* Dieſen Willen erhält ja aber die Obrigkeit durch die Beſtätigung des Vormundes bey Kräften. Daher ſind auch wohl die Titel der Pandecten und des Coder de confirmando tutore dem Titel de testamentaria tutela als Ergänzung angehängt, und den Titeln de legitimis und de dativis tutoribus vorgeſetzt, zum Beweis, daß die beſtätigten Tutoren zu keinen der beyden letzteren gehören. Unſer Heſſfeld nennt ſie tutores *quasi testamentarii*, und Joh. Ortwin Weſtenberg [55]) lehrt in ſeinen Pandecten, daß die obrigkeitlich beſtätigte Tutel eher eine *testamentaria impropria*, oder *Quasi talis*, als *dativa* zu nennen ſey.

55) Princip. iuris sec. ord. Digest. s. Pand. h. t. §. 3.

Wenn wir jedoch die bestätigten Vormünder zu den testamentarischen rechnen, so setzen wir voraus, daß ihre Bestätigung in einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhte, (confirmatio necessaria) und dem Willen des Testirers gemäß erfolgen mußte. Denn ein solcher Vormund, den die Obrigkeit aus eigener freier Willkühr confirmirt hat, ohne daß eine rechtliche Nothwendigkeit dazu vorhanden war, und wo sie auch eben so gut, mit Urbergehung desselben, einen andern Vormund hätte setzen können, ist für einen bloßen Dativ-Tutor zu halten [56]). Dahin gehört z. B. der Fall, wenn das Testament, worin der Tutor ernannt worden ist, durch richterliches Urtheil, seinem ganzen Inhalte nach, aufgehoben worden, oder wenn Niemand aus demselben die Erbschaft angetreten hat, so daß es mit allem, was darin verordnet worden, zu Grunde gegangen ist [57]); oder wenn das Testament durch die Agnation eines postumus rumpirt worden ist [58]). Hier kann zwar die Obrigkeit dennoch den vom Vater im Testament ernannten Vormund, wegen der für ihn streitenden günstigen Meinung des Vaters, bestätigen, und Scävola [59]) hält dieses auch für commodissimum; aber eine rechtliche Nothwendigkeit erfordert dieses nicht [60]). In diesem Falle ist es wahr, wenn Pa-

56) S. Vinnius Comm. ad §. 5. J. de tutelis in fin.

57) *L.* 9. *D. de testam. tut.*

58) *L.* 31. *D. eodem. L.* 58. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor.*

59) *L.* 31. *cit.*

60) Von einem solchen Falle einer mit dem Testamente zu Grunde gegangenen Tutel ist auch wohl, seinem Inhalte nach, die *L.* 3. *C. h. t.* zu verstehen.

pinian [61]) sagt, es komme, wenn in einem Falle, wo über die Gültigkeit des Testaments gestritten wird, und der Vormund vor der Hand zur Führung des Processes bestätiget worden, auf den Ausgang des Processes an, utrum tutor *ex testamento patris*, an *ex decreto Praetoris* auctoritatem acceperit.

§. 1311. b.

Wirkung der obrigkeitlichen Bestätigung nach dem Röm. Rechte.

Erst mit erfolgter Confirmation tritt nun zwar bey einer unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft die Verbindlichkeit zur Uebernehmung derselben ein, und die Delation wird dadurch vollkommen. Von dieser Zeit an beginnt auch erst das periculum, d. h. die Verantwortlichkeit wegen vernachläßigter Administration. Solange also das Confirmations-Decret nicht ertheilt ist, und der Tutor noch keine Wissenschaft davon erhalten hat, braucht er sich in die Verwaltung der Tutel nicht einzumischen. Hat er es dennoch gethan, so hat wegen dessen, was er vor der Confirmation verwaltet hat, nicht die actio tutelae, sondern die actio negotiorum gestorum, oder die protutelae actio Statt. Einer Nachlässigkeit hätte er sich jedoch im Unterlassungsfalle nicht schuldig gemacht, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 40. D. de administr. et periculo tutor et curator. Papinianus *libro VI. Responsorum.* Impuberi filio centurio curatorem dedit. *Decreto Praetoris non secuto*, si nihil curator datus administret: *periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur.*

61) *L. 26. §. ult. D. eodem.*

L. 68. §. 2. *D. eodem tit.* SCAEVOLA *libro IX. Digestorum.* Testamento dati tutores, *quod ruptum videbatur*, cessaverunt in administratione tutelae: et a Praeside tutor datus est pupillo. Jussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare, coniuncto eo, qui a Praeside datus, coeperat administrare [62]). Quaesitum est, ad ex testamento datos periculum antecedentis temporis administrationis, utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos *)? Respondit, *ad eos, de quibus quaereretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere.*

L. 1. *C. de testam. tut.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS. Quem dicis tibi tutorem in testamento patronae datum, si administrationi se non immiscuit, nulla actione tibi tenetur: neque enim iure datus tutor fuit. Quod si administraverit sponte res tuas, experiri adversus eum *actione negotiorum gestorum* potes.

L. 4. *C. eodem.* Imp. ALEXANDER. Mater te-

62) Denn der vom Richter, vor erlangter Kenntniß einer andern Bestellung, ernannte Vormund behält sein Amt, wie aus *L.* 3. *C. h. t.* erhellet, wo Kaiser Alexander rescribirt: Si, (ut proponis) pupillo, cuius memini, esti, pater inutiliter testamento tutores dedit, et, priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cuius interest, (oder wie Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Illud quaeritur lesen will: *cuius iurisdictio est*,) dati sunt, id quidem, *quod iure gestum est, revocari non potest.* An autem, *qui iudicium patris habent*, curatores eidem pupillo constitui debeant, aditus competens iudex perspectis utilitatibus eius aestimabit.

*) S. BRENKMANN Not. 98. der Gebauer. Ausg.

stamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: *protutelae actione* tenentur.

Es fangen ferner bey einem confirmirten Vormunde die zur Excusation bestimmten Zeiten erst von da zu laufen an, da die Confirmation erfolgt war.

L. 1. *C. h. t.* Alexander A. Testamento matris tutores dati, *excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctae,* et quidem inquisitione habita, *dati fuerint.*

L. 2. *C. eodem.* Idem A. Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, servari solet. *Secundum quae vereri non debes, ne tempus, antequam confirmareris, tibi cesserit.*

Dieses hat nun zwar die bestätigte testamentarische Tutel mit der dativa allerdings gemein[63]; dieß kann aber die Natur derselben nicht ändern, da es bloß rechtliche Folge der Confirmation ist, wie Julian selbst *L.* 3. *D. h. t.* sagt.

63) S. Schweppe römisches Privatrecht §. 735. a. E. und von Weninger-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. Buch. §. 156.

§. 1312.

Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten.

Das deutsche Recht weicht von den Grundsätzen des Römischen Rechts darin ab, daß nicht blos testamentarische Vormünder, welche nicht auf eine vollkommen gesetzmäßige Art ernannt worden sind, sondern alle Vormünder ohne Ausnahme, also auch die testamentarischen, wenn gleich ihre Ernennung von einem väterlichen Ascendenten auf eine nach den Vorschriften des Römischen Rechts vollkommen gültige Art geschehen ist, so wie die gesetzlichen Vormünder, welche nach dem Röm. Rechte eigentlich keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen, nach Vorschrift der deutschen Reichsgesetze [64]) durch ein Decret der competenten Obrigkeit, und zwar nach vorgängiger Untersuchung, bestätiget werden müssen. Man nennt dieß die Vormundschaftsbestätigung nach deutschem Rechte [65]), (*confirmatio germanica*, seu *ex iure Germanico*), welche sich auf das Recht der Obervormundschaft gründet, und immer mit einer Untersuchung über die Fähigkeit des Vormundes und die demselben etwa ent-

64) Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. XXXI. §. 2. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 2. (in der neuen Samml. der Reichs-Abschiede. Frankf. a. M. 1747f. 2. Th. S. 603. und 3. Th. S. 394.)

65) S. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 11. S. 27. f. Heineccius de suprema Principum Magistratuumque tutela §. 21 sqq. (*Opusc. varior. Syll.* Exerc. XIX. pag. 724. sqq.) von Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts a. a. O. §. 147. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 2. Abth. §. 369.

gegen stehenden Hindernisse verbunden ist [66]). Es ist wohl unstreitig eine ganz unrichtige Ansicht [67]), wenn man diese deutsche Vormundschaftsbestätigung so hat nehmen wollen, als ob dadurch der römisch-rechtliche Unterschied der Vormünder aufgelöst sey, und also in Deutschland nur eine Art der Vormundschaft gelte, die Dativ- oder obrigkeitlich bestellte Vormundschaft. Nein, auf den Grund des Anfalls der Vormundschaft hat sie keinen Einfluß, sie ist nur dazu nöthig, um die Tutel verwalten zu können. Denn solange der Vormund nicht von der zuständigen Obrigkeit mittelst eines Decrets, welches man tutorium oder curatorium zu nennen pflegt, bestätiget worden ist, darf er sich in die Verwaltung der Vormundschaft nicht einmischen, sonst handelt er nichtig, es müßte denn entweder Abwendung einer Gefahr von dem Vermögen des Pupillen, oder Gewährung eines bedeutenden Vortheils dieses voreilige Eingreifen entschuldigen [68]). In den angeführten Reichsgesetzen [69]) heißt es ausdrücklich:

66) S. von Lynker a. a. O. §. 12. und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. S. 182.

67) *Jo. Pet. de* Ludewig Differenz iur. R. et G. in tutelis testamentaria et legitima. Diff. XII. not. tt. (in *Opusc. miscellan.* Tom. II. pag. 1107.) und Desselben Different. J. R. et G. in tutela Attiliana. Diff. 2. (*Opusc.* pag. 1166.) Heineccius Exercit. cit. §. 22. (*Opusc.* pag. 725. sq.) von Lynker angef. Abhandlung. 1. Th. §. 11. S. 28. Man sehe dagegen *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 49. et 50.

68) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 4. von Lynker a. a. O. §. 11. S. 29. und Ayrer cit. Diss. §. 18. in fin.

69) Daß aber die obrigkeitliche Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten viel älter sey, und daß sich davon

„Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen.“

Von dem Rechte zur Verwaltung unterscheide man aber das Recht des Anfalls, dieses entsteht nicht blos aus einem Decret der Obrigkeit, sondern kann auch noch jetzt aus einem Testamente, oder aus den Gesetzen, ja sogar aus Verträgen entweder mit dem Vater, oder auch aus Familien-Verträgen entstehen. Dieses Recht zur Tutel wird auch selbst in den angeführten Reichsgesetzen anerkannt. Denn in der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. §. 1. wird verordnet:

„daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder dazu tüglich und geschickt wären, gegeben werden sollen.“

Man sieht hieraus, daß das in jener Stelle des Gesetzes verordnete Decerniren und Befehlen, wodurch sich die heutige obrigkeitliche Bestätigung des Vormundes

schon deutliche Spuren bey Marculf, ferner in den Gesetzen der Westgothen, der Longobarden, und in der Glosse des Sächsischen Weichbildes finden, hat Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 63. sq. gezeigt.

ausspricht, nicht die Bestellung des Vormundes selbst ist. Nein, diese geschieht, wie das Gesetz sagt, durch Testament, Gesetz, oder durch den Richter [70]).

Der vertragsmäßigen Vormundschaft geschieht zwar hier keine Erwähnung; allein es ist schon oben gezeigt worden, daß sie deutschen Ursprungs sey. Sie muß daher so gut, wie jede andere Vormundschaft, durch ein Decret der Obrigkeit bestätiget werden [71]).

Auch noch jetzt unterscheidet man also die verschiedenen Arten der Vormundschaften nach dem Grunde der Delation [72]). Diese begründet ein Recht zur Tutel, welches noch jetzt der Richter anzuerkennen hat. Die Obrigkeit darf daher einen testamentarischen, oder gesetzlichen, oder vertrags-

70) S. das Archiv für die civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 1. Band. Nr. XXVII. S. 400. f.

71) S. *Aug. a* Lexer Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXVIII. medit. 20. Ayrer Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 13. de Selchow Elem. iuris Germ. priv. hod. §. 513. und *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 170. Not. a.

72) S. *Mich.* Grasevs Collation. iuris civ. Rom. cum Recessib. Imp. Rom. Germ. Sect. I. §. 7. pag. 35. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. VII. §. 3. *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. *Haubold. Eiasd.* Resolution. Legg. obstantium. h. t. pag. 564. sq. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 649. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 515. und Schmalz Lehrb. des teutschen Privatrechts. §. 505.

mäßigen Vormund nicht nach Gefallen übergehen oder zurückweiſen, und einen andern beſtellen, ſondern ſie muß ihn beſtätigen, wenn ſie keinen erheblichen Grund hat, ihm die Beſtätigung zu verſagen [73]). Nur die Ausübung dieſes Rechts, die Uebernehmung der Vormundſchaft, hängt von der Beſtätigung ab. Dieſe Beſtätigung iſt alſo vollendet, ſobald die Obrigkeit den Vormund durch das tutorium zur Thätigkeit ermächtiget [74]).

Da die deutſchen Reichsgeſetze den Vormündern nur blos verbieten ſich der Vormundſchaft zu unterziehen, bevor ihnen die Verwaltung durch ein Decret der zuſtändigen Obrigkeit übertragen worden iſt; ſo behaupten mehrere Rechtsgelehrten [75]), daß tutores honorarii ſo wenig, als tuto-

73) S. Ludw. Jul. Frieb. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 185. und Danz Handbuch des heut. deutſch. Privatrechts. 7. Bd. §. 627. lit. A.

74) Genslér behauptet jedoch im Archiv für die civiliſtiſche Praxis 1. B. Nr. XXVII. S. 401. daß die Obrigkeit ihre Genehmigung auch ſtillſchweigend durch Connivenz und poſitive Facta ausſprechen könne. Z. B. Sie ließ geſchehen, daß ſich der von dem Vater des Pupillen ernannte Vormund unter ihren Augen als Vormund gerirte, ließ ſich auch von demſelben Rechnung ſtellen. Dieſes könne die Stelle des Decernirens und Befehlens vertreten. Das Geſetz gedenke wenigſtens der Förmlichkeit eines ſchriftlichen Decrets mit keinem Worte. Allein ſollte nicht ſchon das Decerniren auf eine Form hindeuten? Es muß ja auch die Beſtätigung praevia inquisitione geſchehen, und wie unſicher würde hier der Anfang der Hypothek des Pupillen ſeyn? Eine ſeit langer Zeit geführte Verwaltung ſoll jedoch wenigſtens die Vermuthung begründen, tutori legitime decretam fuisse administrationem. S. Senkenb. Us. mod. h. t. §. 17.

75) Lauterbach Diss. de honorario tutore, Cap. III. §. 21.

res notitiae causa dati, einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften, weil sie an der wirklichen Verwaltung der Vormundschaft keinen Theil nähmen. Allein diese Meinung ist mit Grund zu verwerfen[76]). Denn beyde sind wahre Vormünder, welche eben so, wie die administrirenden Vormünder, durch Testament, Gesetz, Verfügung der Obrigkeit, und h. z. T. auch durch Vertrag entstehen können[77]). Beyde haften dem Pupillen, wenn sie ihr Amt nicht treu verwalten, und zwar erstere in subsidium, wenn sie es an sorgfältiger Aufsicht über die verwaltenden Vormünder haben mangeln lassen[78]); letztere sogar zunächst, wenn sie die gerirenden Vormünder in solchen Angelegenheiten des Mündels, von denen sie hinlängliche Kenntniß hatten, mit Rath und Belehrung zu unterstützen unterließen[79]), von denen daher Paulus[80]) sagt: eos *propter rerum notitiam* perinde in omnibus *administrationis iure conveniri posse*, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt. Wie könnten nun diese rechtlich belangt werden,

Struv Us. mod. Pand. h. t. §. 5. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 6. und Ayrer Diss. cit. §. 15.

76) S. *Augustin.* a Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX. Corol. 2 pag. 473. von Lynker von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 23. Muns Diss. de auctoritate tutoris honorarii. §. XIX. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 7. Bd. §. 624. Nr. V. S. 147.

77) S. §. 1304. S. 178. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band. IV. Buch. §. 147.

78) *L.* 3. §. 2. *D. de administr. tutor.*

79) *L.* 1. *Cod. de peric. tutor. et curat.* (V. 38.)

80) *L.* 32. §. 1. *D. de testam. tut.* S. oben §. 1304. S. 193.

wenn ſie nicht obrigkeitlich beſtätiget worden, da ſich nach ausdrücklicher Vorſchrift jener deutſchen Reichsgeſetze kein Vormund der Vormundſchaft, ohne zuvor erhaltenes Decret der Obrigkeit, unterziehen ſoll?

Aus allem erhellet nun ſoviel, daß die *confirmatio tutorum* nach unſern deutſchen Rechten einen ausgedehntern Begriff hat, als nach dem Röm. Rechte. Sie iſt bey uns eine Verfügung der Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundſchaft, nach vorhergehender Unterſuchung, mittelſt eines Decrets, autoriſirt wird [81]). Die bloße Vorzeigung eines Teſtaments, oder Vertrags, mittelſt deſſen Jemand zum Vormund beſtellt worden, reicht zur Legitimation eines Vormundes eben ſo wenig hin, als die bloße Berufung auf das Verwandtſchaftsrecht, ſie kann nur durch das obrigkeitliche Confirmations-Decret, — *Tutorium* — bewirkt werden [82]). Das bloße Anſuchen um die Beſtätigung, bey der tutela testamentaria, oder pactitia, oder legitima, iſt alſo noch nicht hinlänglich, um ſich der Vormundſchaftsverwaltung wirklich unterziehen zu können; nein, es muß die Confirmation ſelbſt, durch Ausfertigung des erforderlichen tutorii oder curatorii, wirklich erfolgt ſeyn [83]).

81) S. Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. Ad. 2. S. 182.

82) Lauterbach colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 6. Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. *Haubold.* Leyser Meditation. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 3. und Danz im angef. Handbuche. 7. B. §. 627. A. S. 155.

83) S. von Kreittmayr's Anmerkungen zum Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 9. S. 427.

Nach der Strenge des Rechts kann zwar, bis zur erfolgten wirklichen Bestätigung, der zur Verwaltung schreitende Vormund nur als Protutor behandelt werden. Daher findet wegen dessen, was der Vormund gerirt hat, gegen ihn nicht die actio tutelae, sondern protutelae statt [84]). Man wird aber auf diesem Wege zu dem nämlichen Ziele gelangen, weil nach dem Römischen Rechte die Protutoren und wahre Tutoren in Ansehung der Verbindlichkeits-Verhältnisse, welche in dem Reichsgesetz nicht abgeändert sind, einander gleichstehen, ja der noch nicht bestätigte, aber durch Testament, oder Gesetz berufene Vormund, dem verus tutor noch weit näher ist, als der Protutor [85]).

§. 1312. a.

Findet noch jetzt ein Unterschied zwischen einer vollkommenen und unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft Statt?

Wenn unser Hellfeld lehrt, daß zwischen einem tutor testamentarius legitime und minus legitime datus in Ansehung der Confirmation kein Unterschied Statt finde; so hat Samuel Stryk [86]) schon längst das Gegentheil gezeigt. Der Unterschied zeigt sich noch jetzt besonders darin, 1) daß der nicht gültig ernannte testamentarische Vormund nicht verbunden ist, um seine Bestätigung bey der Obrigkeit zu bitten; dahingegen die tutores legitime

84) *L.* 1. *L.* 4. *C. de testam. tut.*

85) S. Archiv für die civilistische Praxis. 1. B. S. 399.

86) Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Man sehe auch Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 7. vorzüglich aber Höpfner im Commentar über die Heineccius'schen Institutionen. §. 185. Not. 4.

testamento dati, eben so, wie die tutores legitimi, um ihre Bestätigung nachsuchen müssen, sobald sie erfahren haben, daß ihnen die Vormundschaft deferirt worden sey, sonst haften sie für allen dem Pupillen aus der Zögerung erwachsenen Schaden [87]). 2) Der tutor testam. imperfecte datus, ist weder befugt noch verbunden, sich einiger Verwaltung zu unterziehen, und steht für keinen Schaden, wenn er sich auch gar nicht gemeldet hat; die Verantwortlichkeit desselben beginnt erst mit der Confirmation [88]). Allein der vollkommen ernannte testamentarische Vormund, so wie auch der gesetzliche, müssen sich auch noch vor der Confirmation solchen Geschäften unterziehen, wo Gefahr bey dem Verzuge ist [89]). 3) In den angeführten deutschen Reichsgesetzen ist zwar keine Zeit bestimmt, binnen welcher die Excusationen anzuführen sind, es muß aber doch

87) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. nr. VII. pag. 444. et §. 11. pag. 458. und Ayrer Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 20. Anderer Meinung ist jedoch *Jo. Pet. de* Ludewig in Diss. de different. iuris Rom. et Germ. in tutela Attiliana. Diff. 3. not. xx.

88) *L.* 58. §. 2. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

89) Stryk c. l. §. 5. nr. III. pag. 443. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 5. Ayrer cit. Diss. §. 18. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 515. Es ist dieses auch der *L.* 7. *pr. et* §. 1. *D. de admin. tutor. et curator.* gemäß. Das Römische Recht aber, als Hülfsrecht, bleibt für alle die Verhältnisse gültig, welche durch die Reichsgesetze nicht näher bestimmt sind, weil derogirende Gesetze streng zu erklären sind. S. Gensler in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. Nr. XXVII. Not. 7. S. 398.

noch vor der obrigkeitlichen Bestätigung geschehen [90]), da, hingegen laufen die Zeitfristen bey der tutela testamentaria imperfecta nach dem Römischen Recht nicht vor erfolgter Confirmation. Die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Confirmation kann übrigens dem Vormunde auch selbst nicht vom Vater in seinem Testamente erlassen werden [91]). Nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant [92]). Denn die Absicht der reichsgesetzlichen Vorschrift ist, die Sicherheit der Unmündigen und Minderjährigen durch die obrigkeitliche Bestätigung zu verstärken [93]).

90) Stryk c. l. §. 5. Nr. V. et VI. pag. 444. Ayrer cit. Diss. §. 22.

91) Stryk c. l. §. 15.

92) *L.* 55. *D. de legat. I.*

93) Diese Absicht ist in dem Reichsgesetz von Jahr 1577. Tit. 32. §. 1. klar ausgesprochen.

Lib. XXVI. Tit. IV.

De legitimis tutoribus.

§. 1313.

Verſchiedene Bedeutung von tutela legitima.

Der Ausdruck *tutela legitima* wird zuweilen in einer ſo weiten Bedeutung genommen, daß auch die teſtamentariſche Tutel darunter begriffen iſt [94]). Gerade ſo, wie man mit Ulpian [95]) von einer hereditas, quae ex testamento defertur, ſagen kann, *lege obvenire hereditatem*, quia *lege duodecim tabularum* testamentariae hereditates confirmantur; eben ſo kann man die tutela testamentaria eine *legitima* nennen, quia testamento nominatim tutores dati confirmantur *lege duodecim tabularum*, wie derſelbe Ulpian [96]) ſagt. Mit Recht ſetzte daher auch Servius [97]) bey ſeinem Be-

94) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Princ.

95) *L.* 130. *D. de Verbor. Signif.*

96) *Fragm. Tit. XI.* §. 14. (in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 37.)

97) *L.* 1. *D. de tutelis.*

griff von der Tutel das Genus in einer vis ac potestas *iure civili data ac permissa.* Noch einen Beweis bietet eine Constitution der Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius dar, worin verordnet ist, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, *cum tutor legitimus* defuerit. So lauten die Worte im Theodosianischen Codex[98]). Daß aber unter dem tutor legitimus auch der testamentarische Vormund sogut, wie der eigentliche gesetzliche, begriffen seyn sollte, ergiebt sich aus der Interpolation dieser Constitution im Justinian. Codex[99]), wo die Worte so lauten: *quum tutor vel testamentarius, vel legitimus defuerit*[100]). In dieser weiten Bedeutung unterscheidet sich die testamentarische Tutel von der eigentlichen legitima tutela darin, daß bey jener das Gesetz dem Vater das Recht giebt, einen Tutor für seine unmündigen Kinder zu ernennen, dahingegen bey dieser das Gesetz den Vormund selbst ernennt. Hieraus entsteht nun der Begriff von der *legitima tutela*, insofern sie eine besondere, von der testamentarischen unterschiedene, Art der Vormundschaft bildet. Unter dieser gesetzlichen Tutel, von welcher wir hier handeln, wird nun also überhaupt diejenige Vormundschaft verstanden, welche, ohne daß sie von Jemandem bestellt, durch irgend eine lex, überhaupt durch das Civilrecht, unmittelbar über-

98) Lib. III. Tit. 17. Const. 4. S. Codic. Theodosiani libri V. prior. recogn. a *Car. Frid. Christ.* Wenck. *Lipsiae* 1825. pag. 185.

99) *L.* 2. *C. Quando mulier tutelae officio fungi potest* (V. 35.)

100) Man vergleiche *Jac.* Gothofredi Commentar. ad *L.* 4. Cod. Theod. de tutorib. et curatorib. creand. Tom. I. pag. 363. edit. *Ritter.*

tragen wird [1]). In dieſer Bedeutung ſagt Ulpian [2]): *Legitimi tutores* sunt, qui *ex lege aliqua* descendunt; gerade ſo wie Paulus [3]) von den teſtamentariſchen Vormündern ſagt: *a testatore* protinus proficiscuntur, simulatque aliquis heres extitisset. Daher konnte auch der teſtamentariſche Tutor von dem Teſtirer nicht anders als direct, keinesweges aber per fideicommissum heredis beſtellt werden [4]). Schon die Worte: *ex lege aliqua* deuten an, daß Ulpian darunter nicht blos die lex duodecim tabularum verſteht, ſondern auch jedes andere römiſche Geſetz, es ſey ein geſchriebenes, oder nicht geſchriebenes, ein Plebiscitum, oder Senatusconsultum, oder Populi mos, oder Constitutio Principis, oder durch interpretatio Prudentum entſtanden [5]). Auf die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten, wodurch das

1) S. Schweppe Röm. Rechtsgeſchichte, und Rechtsalterthümer. §. 424. der 2. Ausg. und Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

2) *Fragm. Tit. XI.* §. 3.

3) *L. 7. D. de testam. tut.*

4) Gajus *Institut. Comm. II.* §. 289. und *L. 1. §. 1. D. de confirm. tut.* Man ſehe oben §. 1305. S. 212 f. und *Ant.* Fabri Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 37. pag. 720.

5) S. Cujacius Paratitl. in libr. V. Cod. Tit. 30. de legitima tutela. In dieſer Bedeutung ſagt auch Paulus *L. 6. D. de pactis:* Legitima conventio est, quae *lege aliqua* confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur; — quotiens *lege* vel *Senatusconsulto* adiuvatur. S. *Jac.* Cujacii Comment. in libr. III. Pauli ad Edictum. (*Opp. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 52. sq.)

ius gebildet worden ist, welches, wie Pomponius [6]) sagt: communi nomine *ius civile* genennt wurde, und wovon die Römischen Juristen iuris conditores [7]), und auctores iuris [8]) benennt werden, deutet unstreitig Ulpian [9]) hin, wenn er *libro III. ad Edictum* sagt: Verbum *ex legibus* sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis [10]). In der eigentlichen und eminentern Bedeutung wird aber diejenige Art der Vormundschaft *legitima tutela* genennt, welche die Gesetze der zwölf Tafeln den Agnaten des Pupillen auftragen. Ulpian [11]) sagt: Per eminentiam autem *legitimi tutores* dicuntur, qui *ex lege duodecim tabularum*

6) *L.* 2. §. 5. *D. de orig. iuris.*

7) *L.* 25. *C. de procuratorib.*

8) *L.* 17. *D. de iure patronat. L.* 3. *D. Si pars hereditat. petat. L.* 39. *D. de action. emti vent.* S. *Jac.* Rabvardus de auctoritate Prudentum. Cap. 14. (*Opp.* Tom. II. pag. 919. sq.)

9) *L.* 6. §. 1. *D. de Verb. Signific.* S. Gondaeus Comment. in Tit. 16. Libri L. Dig. ad h. L.

10) Ein edictum Praetoris, *quo fiat tutor*, existirt nicht, wie *Jac.* Cujacius Paratitl. in libr. V. Tit. 30. Cod. h. t. bemerkt. Der Prätor gab zwar den Cognaten die bonorum possessio, mittelst welcher sie zur Erbfolge gelangten; allein zur Tutel rief er sie nicht, weil nur die hereditas ab intestato, als ein civilrechtliches Institut, nicht aber die Bonorum possessio, auf die ganz civilrechtliche Tutel von Einfluß seyn konnte, und überdem dem Prätor nur darum zu thun war, die Härte des Civilrechts zu mildern, aber nicht die Last der Tutel zu erweitern. S. *Ulr.* Huber Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 6. §. 1. pag. 184. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 424.

11) *Fragm. Tit. XI.* §. 3.

introducuntur. Hierauf bezieht sich auch, wenn Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* [12]) sagt: *Legitimos tutores* nemo dat: sed *lex duodecim tabularum* fecit tutores. Die Worte des Gesetzes der XII. Tafeln finden sich nirgends. Den Inhalt desselben aber referirt Gajus in seinen Institutionen [13]), wo er sagt: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. agnati sunt tutores: qui vocantur* LEGITIMI. Justinian hat diese Stelle aus Gajus in seine Institutionen [14]) aufgenommen, wo blos bey den Worten *ex lege XII.* das Wort *tabularum* hinzugefügt worden ist. Als Relation des Inhalts sieht Noodt [15]) auch die Worte des Paulus aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum* [16]) an, wo er sagt: Intestato parente mortuo, agnatis defertur tutela. Die verschiedenen Versuche zur Herstellung der Textes-Worte, mit einer gründlichen Kritik begleitet, findet man vollständig bey Dirksen [17]). Die meisten Wiederhersteller haben es jedoch darin versehen, daß sie blos der Pupillen, und nicht auch der Frauenzimmer gedacht haben [18]), deren legitimi tutores doch auch, wie Gajus [19]) sagt, nach dem Gesetz der XII. Ta-

12) *L.* 5. *D. h. t.*

13) *Commentar. I.* §. 155.

14) *Lib. I. Tit.* 15. *de legitima agnatorum tutela. Pr.*

15) Comment. h. t. §. Interim.

16) *L.* 6. *D. h. t.*

17) Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) Kap. 11. Tab. V. Fragm. 6. S. 366—369.

18) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 120. Not. 2. (der 8. Aufl.)

19) *Institution. Commentar. II.* §. 47. S. Zimmern Ge-

ſein die Agnaten waren, bis nachher durch die *Lex Claudia* die legitima agnatorum tutela über die Frauensperſonen aufgehoben wurde [20]). Uebrigens wird ſich der vollſtändige Begriff von der *legitima tutela* erſt nach der Erörterung der Frage ergeben, wer die legitimi tutores ſind [21]).

§. 1313. a.

Wenn findet die legitima tutela Statt?

Die geſetzliche Tutel tritt nun in folgenden Fällen ein.

I. Wenn weder ein teſtamentariſcher Vormund vorhanden, noch ein ſolcher zu hoffen iſt [22]). Semper enim legitima tutela, ſagt Ulpian *libro XXV. ad Edictum* [23]), testamentariae cedit; und *libro XXXVII. ad Sabinum* [24]) giebt er die Regel: Sciendum est,

ſchichte des Röm. Privatrechts bis Juſtinian. 1. Band. 2. Abth. §. 233. Not. 20. S. 872.

20) Gajus *Institution. Commentar. I.* §. 157. S. Schweppe Röm. Rechtsgeſch. und Rechtsalterthümer. §. 424.

21) Die Lehre von der legitima tutela haben beſonders *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. Vol. II. pag. 55 — 66. *Paul* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XIV. — XVI. und *Car. Frid.* Walch in Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. *Christ. Gottl.* Budero defensa. *Jenae* 1753. 4. bearbeitet. Zur Geſchichte dienen Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts bis Juſtinian. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872—876. und Gans Scholien zum Gajus. 4. Sch. S. 190—200. Man ſehe auch den 28. Th. §. 1298.

22) *Pr. J. de legitima agnator. tut.* S. Donellus c. l. §. 3.

23) *L.* 9. §. 1. *D. de tutelae et rationib. distrahend.*

24) *L.* 11. *D. de testam. tut.*

quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. Wenn also der Vormund im Testament unter einer Bedingung, die noch erst existiren soll, oder ex die bestellt worden ist, so kann in der Zwischenzeit nicht der legitimus tutor eintreten, sondern die Obrigkeit setzt einen Interims-Vormund. Denn die Obrigkeit kann zwar, wenn es die Umstände erfordern, einen Vormund auf eine Zeit lang bestellen; allein das Gesetz giebt auf diese Art keinen Vormund, sondern wer einmal legitimus tutor geworden ist, bleibt immer Vormund [25]). Solang also noch ein testamentarischer Vormund zu hoffen ist, kann die legitima tutela eben so wenig Statt finden, als eine hereditas legitima, solange die Erbschaft noch aus dem Testamente angetreten werden kann [26]). Ein testamentarischer Vormund ist nun nicht vorhanden, 1) wenn der Erblasser, welcher Tutoren bestellen konnte, gar kein Testament gemacht, oder 2) in Rücksicht der Vormundschaft in seinem Testamente nichts verordnet hat, oder 3) der im Testament ernannte Vormund noch vor dem Testirer gestorben ist [27]), oder 4) die Bedingung nicht zur Wirk-

25) S. Donellus cit. loc. Cap. 6. §. 1. und *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 3. pag. 1047 sq.

26) *L.* 39. *D. de acquir. vel omitt. hereditate. L.* 89. *D. de Regul. iuris.*

27) §. 2. *J. de legitima agnator. tut.* Wenn es hier heißt: Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, *non hanc habet significationem*, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; so muß bey den Worten *non hanc habet significationem* das Wort TANTUM ergänzt werden, wie auch *Franc.* Balduinus Commentar. in Institution. ad h. §. 2. p. 108.

lichkeit gekommen ist, unter welcher der testamentarische Tutor war ernannt worden [28]). Paulus sagt *libro XXXVIII. ad Edictum* [29]) INTESTATUS autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit: *quantum enim ad tutelam pertinet*, INTESTATUS est [30]). Justinian hat dieses Fragment in seinen Insti-

bemerkt hat. Man findet dieses in mehreren Gesetzstellen, daß das Wort *tantum* bey non ausgelassen worden ist. Z. B. *L.* 56. *D. de Verb. oblig. L.* 5. §. 2. *D. de injur. L.* 36. *D. ad SCtum Trebellian.* In der *L.* 6. *D. h. t.* welche offenbar bey den Institutionen hier zur Quelle gedient hat, heißt es auch ausdrücklich *non* TANTUM, und eben so in der griechischen Paraphrase des Theophilus: *οὐ μόνον.*

28) S. *Franc.* HOTOMANI Commentar. in Institution. ad §. 2. J. de legit. agnator. tut. pag. 72.

29) *L.* 6. *D. h. t.*

30) Durch das bloße Daseyn eines Testaments des Vaters, wenn darin auch von der Tutel selbst nichts verordnet ist, wird also die legitime Tutel nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch die Intestaterbfolge hier wegfällt, so ist doch nach den angeführten klaren Stellen der Vater, *quantum ad tutelam pertinet*, für INTESTATUS zu halten.

Anderer Meinung ist jedoch Schweppe in der Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthüm. §. 424. Allein die Stelle Ulpians *Fragm. Tit. XII.* §. 32, welche Er für seine Meinung anführt, redet von einem Curator, welcher in einem Testamente nicht bestellt werden konnte, sondern den der Prätor dem *prodigus*, von dem hier die Rede ist, setzte. War dieser aus dem Testamente seines Vaters Erbe geworden, so konnte ihm das Gesetz, nämlich der XII. Tafeln, keinen Curator geben, *ex lege curator dari non poterat*, weil dieses blos von dem Falle sprach, da der Vater kein Testament gemacht hatte.

tutionen [31]) benutzt, und noch die Worte beygefügt: Quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, *vivo testatore decesserit.* Die legitima tutela tritt ferner ein,

II. wenn der testamentarische Tutor aufhört Vormund zu seyn, und zwar ohne Mitwirkung der Obrigkeit abgeht. Dahin gehört a) wenn der testamentarische Vormund stirbt, entweder ehe er noch die Tutel übernommen hatte, oder ehe der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, und kein anderer testamentarischer Vormund vorhanden ist [32]). b) Wenn die Zeit, bis auf welche der testamentarische Vormund ernannt war, verflossen ist, oder c) die Bedingung, bis zu deren Existenz der Tutor die Vormundschaft führen sollte, eingetreten ist [33]). Geht der testamentarische

Diesen Fall setzte nun zwar auch das Gesetz bey, der legitima agnatorum tutela voraus. Allein so wie dieses nachher durch die interpretatio Prudentum dahin erweitert wurde, daß der legitimus tutor auch dann zugelassen würde, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber darin wegen der Tutel nichts verordnet hat, ut quantum ad tutelam pertinet, *intestatus* obiisse videretur; so trat hingegen bey der Curatel der Prätor ins Mittel, und gab dem Prodigus einen Curator. S. *Jo.* Cannegieter Notae ad Domitii Ulpiani Fragmenta (*Lugd. Batav.* 1774. 4.) ad loc. Ulp. cit. pag. 65.

31) §. 2. *J. de legitima agnatorum tutela.*

32) *L.* 6. *in fin. D. h. t. L.* 11. §. 3. *et* 4. *D. de testam. tut.* S. oben §. 1306. S. 251. und *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 6. Den Unterschied zwischen hereditas und tutela zeigt hier *Franc.* Bronus in Comment. ad Institut. Titi de legit. agnat. tut. §. 3.

33) S. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 2. J. de legitima agnator. tutela. Man vergleiche auch §. 1506. S. 260 ff.

Vormund mit Concurrenz der Obrigkeit ab, z. B. der Tutor hat sich gesetzmäßig excusirt, oder er ist von der Vormundschaft als suspect removirt worden, so setzt die Obrigkeit einen andern Vormund [34]). Die legitima tutela hat endlich auch Statt,

III. wenn ein ganz untaugliches Subject zum Vormund ernannt worden, dessen Mangel auch nicht einmal durch einen Interims-Vormund vor der Hand von der Obrigkeit ergänzt werden kann [35]). Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Mangel in der Person des testamentarischen Vormundes ein juristischer ist, der ex personae suae conditione herrührt, wie z. B. wenn ein Sklave, oder ein Soldat, oder eine Weibsperson, oder eine persona incerta zum Vormund ernannt worden ist; oder ob der Mangel blos factisch ist, der in einem körperlichen Gebrechen, oder in einer Gemüthskrankheit besteht, wie z. B. wenn der testamentarische Vormund taub, stumm, oder wahnsinnig ist [36]). Ist das Letztere, so bestellt die Obrigkeit an die Stelle eines furiosus, mutus und surdus tutor andere Vormünder. Paulus sagt *libro octavo ad Sabinum* [37]), es wären hierüber mehrere Senatusconsulta [38]) gemacht worden.

34) *L.* 11. §. 1. *et* 2. *D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 23. S. oben S. 229 f.

35) S. Donellus Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 3.

36) S. §. 1309 und 1391. Man sehe Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 1. de tutelis Nr. V. Not. b. pag. 92.

37) *L.* 17. *D. de tutelis.* Man verbinde damit noch die *L.* 1. §. 8. *et* 3. *D. eodem.* und *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 240. Not. 5. S. 899.

38) Diese mehreren Senatusconsulte betrafen vielleicht alle

§. 1314.

Wer sind die legitimi tutores? I. Aelteres Recht. 1) Agnati. Consanguinei.

Die Frage, wer die legitimi tutores sind, läßt sich zwar überhaupt in so weit richtig beantworten, wenn man sagt, es sind die nächsten Intestaterben des Pupillen [39]). Allein, um näher bestimmen zu können, wer diese Intestaterben sind, muß das ältere Recht von dem neuern, oder Justinianeischen unterschieden werden.

I) Nach dem ältern Recht waren diese legitimi tutores 1) die Agnaten, und zwar die nächsten, jedoch mit Uebergehung derer, welche, wie namentlich Frauenspersonen, nicht Tutoren seyn konnten; ausser diesen gewiß auch 2) die Gentilen. 3) Die Patronen und deren Kinder. 4) Die parentes manumissores, welche, wie Ulpian [40]) sagt, vicem legitimorum tutorum sustinent; und 5) die fiduciarii tutores [41]). Unter diesen waren nun also

1) die Agnaten diejenigen legitimi tutores, welche das Gesetz der zwölf Tafeln propalam, wie Ulpian [42]) sagt, d. h. namentlich und wörtlich, zur Tutel,

Arten der Tutoren. Vom tutor mulieris spricht insonderheit Gajus *Institution. Comm. I.* §. 180. und Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 21. S. Zimmern a. a. O. §. 234. Not. 37. S. 882.

39) S. Donellus Commentar. Lib. III. Cap. 6. §. 5. sqq.

40) *L.* 3. §. *ult. D. h. t.*

41) S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872. ff. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 424. S. 613.

42) *Fragm. Tit. XI.* §. 3. S. *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 594.

und zwar nicht blos über Unmündige, sondern gewiß auch selbst über mündige Frauenspersonen rief [43]). Hierher gehört vorzüglich die Stelle Ulpians aus dessen *libro quarto decimo ad Sabinum*, welche in der *L. 1. pr. h. t.* so lautet:

Legitimae tutelae *lege duodecim tabularum* AGNATIS delatae sunt, et CONSANGUINEIS.

Bey dieser Gelegenheit geben denn auch sowohl Gajus [44]) als Ulpian [45]) den Begriff von Agnaten. Beyde kommen darin überein, daß *Agnati* sind per virilis sexus personas cognatione iuncti, eiusdem familiae, quasi a patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrui filius et nepos. Da hier von Agnaten nicht blos insofern sie, wie Ulpian [46]) sagt, ad le-

43) GAJUS *Institution. Comm. I.* §. 145. und *Lib. II.* §. 47. In der letzten Stelle heißt es. Mulieris, *quae in agnatorum tutela erat*, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa *tutore auctore* traditae essent: *id ita lege XII. tabularum cautum erat.* S. Zimmern a. a. O. Not. 20.

44) *Institut. Commentar. I.* §. 156. Der Begriff von GAJUS ist sowohl in Justinians Institutionen Lib. 1. Tit. 15. §. 1. als in die Pandecten *L. 7. D. h. t.* aufgenommen. Man vergleiche auch *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collatio* Tit. XVI. §. 2. (in *Ant.* SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 792.)

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 4. *L. 2.* §. 1. *D. de suis et legitim. hered.* Mit Ulpian stimmt auch PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit.* 8. §. 13. und in *Collat. cit. Tit. XVI.* §. 3. (bey SCHULTING c. l. pag. 797.) überein.

46) *L. 1. pr. D. h. t.*

gitimam hereditatem admitti possint, sondern auch insofern sie zugleich in dieser Eigenschaft legitimi tutores sind, die Rede ist; so erklärt sich daraus, warum Ulpian die Agnaten a patre cognati, *virilis sexus* definirt [47]). Denn wenn gleich auch Frauenspersonen allerdings mit zu den Agnaten überhaupt gehörten [48]); so konnten doch nur solche Agnaten, welche Männer sind, legitimi tutores seyn. Eine solche Agnation konnte nun aber nicht nur durch Erzeugung in iustis nuptiis, also vermöge leiblicher Verwandtschaft, jedoch nur durch Mannsperſonen; sondern auch durch eine noch dauernde Adoption entstehen [49]); und da letztere sogut, wie die erste, ein Recht zur legitima hereditas begründete [50]); so waren agnati adoptivi unstreitig eben sogut, wie die leiblichen Agnaten, legitimi tutores [51]). Das Agnationsrecht durfte nur nicht durch Uebergang in eine andere Familie, weil man nie zu gleicher Zeit agnatus von zwey ganz verschiedenen Familien seyn konnte [52]), oder sonst durch Capitis-Deminution

47) S. Hugo's Lehrb. der Gesch. der Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 113. Not. 2. (der 8. Aufl.)

48) §. 3. *J. de legit. agnat. success.* S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 139. S. 508. f. und Not. 13.

49) S. Hugo's Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. S. 95. f. und S. 111. f. Vergl. auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 15. der 2. Aufl. (Erlangen 1822.) S. 46. f.

50) §. 2. *J. de legitima agnator. success.* *L.* 1. §. *ult. D. de suis et legitim. heredib.*

51) S. *Ant.* Contius Lection. subsecivar. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (*Opp. a* Merillio *editor. Parisiis* 1626. 4.) pag. 22. sq.

52) Hugo angef. Lehrb. S. 112. Z. 13 — 15.

erloſchen ſeyn. Daher reſcribirten die Kaiſer Dioclétian und Maximian *L. 2. Cod. h. t.*

Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, *nisi capitis deminutionem sustinuerint*, manifestissimum est.

Ulpian gedenkt jedoch in der oben angeführten Stelle nicht nur der Agnaten, ſondern auch noch inſonderheit der *consanguinei*, welche unter den Agnaten den erſten Platz einnehmen, und im zweyten Grade der Seitenlinie ſtehen. Den Geſetzen der XII. Tafeln war dieſer Name noch ganz fremd [53]). Erſt durch die Interpretation der Rechtsgelehrten wurden bey der Inteſtaterbfolge von den Agnaten diejenigen mit dem beſondern Namen *consanguinei* bezeichnet, qui primum inter agnatos locum acceperunt [54]), die übrigen, die nach ihnen zur hereditas kamen, wurden *agnati* ſchlechthin genannt. Offenbar unrichtig erklärt da-

53) *Mosaicar. et Rom. LL. Collat. Tit. XVI.* §. 3. da ſagt Paulus: Sane consanguineos *Lex* non adprehenderat. So iſt, ſtatt *consanguineis*, richtiger zu leſen. S. Hugo ius civ. antejust. Tom. II. pag. 1470. und Deſſelben Lehrb. der R. Rechtsgeſch. S. 111. Z. 23. Man ſehe auch die Note des Pithoeus in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad h. L. *Collation.* pag. 795. not. 28. und meine Erört. der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 63 Not. 54. S. 218.

54) S. *Mosaic. et Rom. LL. Collat. c. l.* Wenn es daſelbſt nach *adprehenderat*, heißt interpretatione Prudentium primum inter agnatos locum acceperunt; ſo iſt hier nach *adprehenderat*, das Wort sed, oder durch Gemination at einzuſchalten. S. *Jo.* Cannegieter ad Collation. Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 3. Not. c. (adj. Ejusd. Notis ad Domit. Ulpiani Fragmenta pag. 260.)

her Accurſius [55]) dieſe *consanguinei* durch diejenigen, qui sunt agnati et cognati naturales. Nam quidam sunt agnati tantum, ſagt er, ut *adoptivi*, et hi non vocantur. Cujaz [56]) entdeckte in dieſer Gloſſe nicht mehr als tria peccata, die er mit Recht gerügt hat. Consanguinei ſind vielmehr Geſchwiſter, die von einem Vater abſtammen, wenn ſie gleich verſchiedene Mütter haben, und welche durch eine ſehr alte Interpretation der Römiſchen Juriſten unter dieſem Namen den übrigen Agnaten entgegengeſtellt wurden [57]). Hinſichtlich der legitima tutela ſind *Consanguinei* Brüder, gleichviel leibliche oder Adoptiv-Brüder, die einen gemeinſchaftlichen Familien Vater haben, in deſſen Poteſtas ſie ſtanden, und durch den Tod deſſelben daraus befreiet worden ſind. Alle römiſche Juriſten ſtimmen hierin mit einander überein. *Consanguinei* sunt, ſagt Paulus [58]), eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore: adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus, et hi, qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt [59]). — Consanguineis non existentibus, *agnatis* defertur here-

55) Gloss. ad pr. L. 1. h. t.

56) Observation. Lib. XI. Cap. 26.

57) S. Euler über die Beſchränkung des Inteſtaterbrechts der Weiber bey den Römern, hinter Burchardi Grundzügen des Rechtsſyſtems der Römer S. 308. ff.

58) In *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat.* Tit. XVI. §. 3. (S. Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. II. p. 1472.)

59) Von dieſer *causae probatio* habe ich in meiner Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 55. S. 190. u. ff. gehandelt. Man ſehe auch Zimmern Geſch. des R. Privatrechts 1. B. §. 214.

ditas, prout quis alterum gradu praecesserit. Eben ſo Gajus [60]), und Ulpian [61]). Auch ſelbſt die nicht juriſtiſchen Klaſſiker kennen keinen andern Sprachgebrauch, wie Cujaz [62]) gegen Accurſius aus mehreren Stellen der Alten bewieſen hat.

§. 1315.

Wie wenn der Agnaten mehrere waren, oder der nächſte war unfähig? Erläuterung der *L.* 1. §. 1. *sqq. h. t.*

Es konnten jedoch nicht alle Agnaten Vormünder werden, ſondern nur die Nächſten im Grade. Unter mehreren Agnaten ſchloß daher der Nähere den Entferntern aus, mehrere Agnaten des nämlichen Grades aber führten die Tutel gemeinſchaftlich [63]). Die Ordnung war hier, wie bey der Inteſtat-Erbfolge. Denn quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, ſagt Quintus Mucius Scaevola *libro singulari* Ορων [64]). Waren jedoch der Tutoren mehrere, ſo konnte anfangs Jeder ſein Recht durch die in iure cessio einem Andern überlaſſen [65]). Ein ſolcher Vormund hieß tutor *cessitius*. Dieſe cessio tutelae hatte jedoch in der Folge nur noch bey der Tutel über Frauensperſonen Statt [66]). Es war aber auch von

60) Gajus *Institut. Commentar. III.* §. 9.

61) *In Mos. et Rom. LL. Collat.* Tit. XVI. §. 6. (Hugo pag. 1473.)

62) Loc. cit.

63) Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 164. Idem *libro XII. ad Edictum Provinc. L.* 9. *D. h. t.* und Juſtinian §. *ult. J. de capitis deminut.* (I. 16.)

64) *L.* 73. *pr. D. de div. Reg. iuris.*

65) Hugo, Lehrb. der R. Rechtsgeſch. S. 119. Z. 5.

66) Gajus *Lib. I.* §. 168. — 170. S. Cujacius Paratitl. in Tit. Cod. de legitima tutela.

dieſer tutela cessitia ſchon zu Gajus Zeiten keine Frage mehr, nachdem durch die lex Claudia die tutelae agnatorum über die Frauensperſonen waren aufgehoben worden [67]). Wenn jedoch unter mehreren Agnaten der Nähere im Grade den Entferntern von der Tutel ausſchließen ſollte; ſo mußte auch jener nach den Geſetzen Vormund ſeyn können. Schloſſen ihn die Geſetze von Vormundſchaften aus, wie namentlich die Frauensperſonen; ſo erhielt der Entferntere die Tutel, wenn gleich der nächſte Agnat den Pupillen beerbte. Dieſe Uebergehung der Unfähigen hatte denn zur Folge, daß die Tutel mit der Delation der hereditas nicht immer gleichen Schritt halten konnte. Eben dieſes bemerkt auch Ulpian, wenn er *libro XIV. ad Sabinum* [68]) ſagt:

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa, si sit consanguinea pupillo. Nam hereditas quidem ad agnatam pertinet: tutela autem ad agnatum. Item in libertinis, si sit patrona, et patroni filius. Nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit: tantundemque erit, et si sit patroni filia et nepos. Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur. Nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur, sed interim a Praetore datur [69]). Interdum autem etiam sine hereditate

67) Gajus *c. l.* §. 171.

68) *L.* 1. §. 1. *sqq. D. h. t.*

69) Denn durch die Gefangenſchaft endigte ſich die Tutel nicht auf immer, ſondern dieſelbe wurde blos, wie das Recht der väterlichen Gewalt, ſuſpendirt, propter ius postliminii, welches die Fiction begründete, als wären

tutela defertur, interdum hereditas sine tutela: ut puta in eo, qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter *Divus* Pius rescripsit Aurelio Basso, ius patroni eum non habere, his verbis. *Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt.* Idem erit si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres permanebit: ut Marcellus notat: legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.

Indem hier Ulpian, als Ausnahme von der Regel, nach welcher die legitima tutela den nächsten Intestaterben deferirt wird, den Fall anführt, daß zuweilen eine hereditas auch sine tutela, so wie eine tutela sine hereditate Statt haben könne, erläutert er zugleich diesen Fall durch das Beyspiel von einem Erben, welchen der Erblasser gebeten hatte, einen Sklaven zu manumittiren, der aber diese Manumission argliſtig verzögerte, und zu verhindern suchte. In diesem Falle wurde der Sklave ein orcinus libertus, und gehörte zur Familie des Testirers, der Erbe hingegen behielt zwar die Erbschaft, aber er hatte kein Patronatrecht. Er war also auch nicht legitimus tutor des libertus, sondern die Tutel fiel an die Söhne des Testirers, als des eigentlichen Patrons. Dieses hatte zwar schon das Senatusconsultum Rubrianum verordnet, wie unser Ulpian *libro XXXVIII. ad Sa-*

die Rechtsverhältnisse des wieder zurückgekommenen Gefangenen nie erloschen. §. 5. *J. Quib. mod. ius potest. solvitur. L.* 32. §. 1. *D. de heredib. instituend. L.* 16. *D. de captiv. et postlim. revers.*

binum [70]) ſagt. Allein in unſerer Stelle bezieht er ſich noch auf ein Reſcript des Divus Pius, vermöge deſſen überhaupt diejenigen, welche eine fideicommissa libertas argliſtig zu umgehen ſuchen, zur Strafe kein Patronatrecht über den erwerben ſollen, den ſie nicht haben freylaſſen wollen. Wer nun nicht Patron des Libertus iſt, kann auch nicht legitimus tutor deſſelben ſeyn. Dieſes Reſcript, worauf ſich auch die Kaiſer Diocletian und Maximian [71]) beziehen, gieng alſo weiter, als das SCtum Rubrianum [72]), welches nur von einem Erben

70) *L.* 3. §. 3. *D. de legitim. tutor.* Plane si forte ex *Rubriano Senatusconsulto* pervenerit ad libertatem, non habebit tutorem eum, qui rogatus est, *sed orcinus libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit.* In qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, *quae ad patronos* (dieß ſind die im Teſtament beſtimmten Manumiſſoren) non pertinet: quod quidem in omnibus orcinis libertis locum habet testamento manumissis. Ohne Anruf obrigkeitlicher Hülfe gegen den latitirenden Fiduciar und erfolgtes obrigkeitliches Decret ward jedoch der Sklave nicht frey. *L.* 11. *C. de fideicomm. libertat.* (VII. 4.) *L.* 26. § 9. *D. eodem.* (XL. 5.) S. Zimmern Geſch. des Röm. Privatrechts bis Juſtinian. 1. B. 2. Abth. §. 203. S. 748.

71) *L.* 12. *Cod. de testamentar. manumiss.* (VII. 2.)

72) *L.* 26. §. 7. *sqq. D. de fideicomm. libertat. L.* 33. §. 2. *et L.* 49. *D. eodem.* Das SCtum Rubrianum ward unter dem Kaiſer Trajan, und zwar, wie man annimmt, im Jahre 854. oder im J. Chriſti 101. gemacht. Es hat ſeinen Namen von dem Conſul Rubrius Gallus erhalten, welcher in dem bemerkten Jahre das Conſulat mit dem Caelius Hispo führte. Die Namen beyder Conſuln kommen in den Faſtis unter den Coss. ordinariis nicht vor. Sie waren alſo ohne Zweifel suffecti. S.

oder überhaupt einem solchen sprach, der sich entweder, um sich der fideicommittirten Manumission eines Sklaven zu entziehen, verborgen hielt, oder vom Prätor vorgeladen, nicht erschien [73]); dahingegen das Rescript des Divus Pius gegen jede hinterlistige und boshafte Verhinderung einer fideicommittirten Freyheit durch verzögerte Antretung der Erbschaft, oder Collusion mit den Intestaterben, oder erdichtete peinliche Anschuldigung des Sklaven, u. d. sicherte, so daß durch ein Decret der Obrigkeit, nach gepflogener Untersuchung, dem Sklaven die Freyheit eben so zuerkannt werden solle, als wenn sie ihm direct im Testament vermacht worden wäre [74]). Dieses Beyspiel betraf also die legitima patronorum tutela, und gehört zunächst nicht hieher. Eben so das andere Beyspiel, welches von der assignatio liberti hergenommen ist. Wenn nämlich der Patron, wie ihm vermöge eines unter dem K. Claudius gemachten Senatusconsultums [75]) gestattet war, unter mehreren Kindern in seiner Gewalt einem Einzigen im Testamente, oder auf andere Weise, den Frey-

Jo. Aug. Bach. Trajanus. (*Lipsiae* 1747.) pag. 99. sq. Die Worte des SCti Rubriani hat uns Ulpian *L.* 26. §. 7. *D. de fideicomm. libertat.* aufbehalten. Erläutert hat sie *Franc.* Ramos del Manzano in Tr. de Senatusconsultis et Constitutionibus circa moram in fideicommissaria libertate factis. §. 1 — 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 35. sqq.)

73) *L.* 28. §. 1. *D. de fideicomm. libertat.*

74) *L.* 12. *C. de testam. manum.* und *Car. Frid. Christ.* Wenck Divus Pius, sive ad Leges Imp. Titi Aelii Antonini Pii A. Commentar. Libell. II. *Lipsiae* 1805. Cap. IV. pag. 48 — 52.

75) *L.* 1. *pr. D. de adsignand. libert. Pr. et* §. *ult. J. eod.*

gelassenen zugewiesen hatte, und dieses Kind gerade eine Tochter war [76]; so war nun zwar diese als desselben Patronin [77] anzusehen. Allein war der Freygelassene noch nicht mündig, so gehörte die legitima tutela für die Brüder [78], die legitima hereditas des Freygelassenen aber erhielt die Schwester, wie Marcellus bemerkt.

Noch ist eine Stelle in diesem Titel der Pandecten merkwürdig, welche die Ausschließung der Frauenspersonen von der legitima tutela betrifft, wenn sie auch unter den Agnaten die nächsten im Grade wären. Sie ist aus Hermogenian's *Libro II. Juris Epitomarum* genommen, und lautet *L.* 10. *pr. D. h. t.* folgendermassen.

Agnato proprior femina quo minus sit impuberis agnati tutor, non obiicitur: ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor: nec amita patruo magno, vel matertera fratris filiis, ne sint tutores, obstat.

Daß die soror consanguinea eine Agnatin ihres unmündigen Bruders ist, hat keinen Zweifel. Allein, da sie nicht Vormünderin seyn kann, so wird des Vaters

76) §. 1. *J. de adsignat. libertor.*

77) *Pr. J. eodem tit.*

78) Libertus enim, sagt Ulpian *L.* 3. §. 9. *D. de bonis libertor.* qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse. Das Kind, dem der libertus assignirt worden ist, genießt nur alle vermögensrechtlichen Vortheile des Patronats, die übrigen Kinder aber haben die Hoffnung, ihr pristinum jus dereinst wieder zu erhalten, wenn der Adsignatar ohne Descendenz verstirbt. S. *Jan. a* Costa, Commentar. ad pr. J. de adsignat. libertor. pag. 381.

Bruder die gesetzliche Tutel über den unmündigen Neffen erhalten, wenn er gleich ein entfernterer Agnat ist. Eben so wenig, sagt Hermogenian, ist des Vaters Schwester dem Großoheim bey der legitima tutela hinderlich, wenn gleich der patruus magnus im vierten, des Vaters Schwester aber im dritten Grade verwandt ist [79]). Allein wie konnte Hermogenian dieses Beyspiel anführen, da zu seinen Zeiten nach dem Rechte, welches durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten oder, wie Justinian sagt, durch die media iurisprudentia war eingeführt worden, des Vaters-Schwester, wenn sie gleich Agnatin war, doch kein Intestaterbrecht hatte [80])? Erst Justinian [81]) hob den Unterschied, der durch jenes Recht zwischen männlichen und weiblichen Agnaten war eingeführt worden, auf, und verordnete durch Wiederherstellung der Sanction der XII. Tafeln, daß die Agnaten, ohne Unterschied des Geschlechts, also die Frauenspersonen, welche auch die Rechte der Consanguinität nicht haben, auf gleiche Weise, wie die Mannspersonen, zu dem Rechte der legitimae successionis ab intestato nach der Nähe des Grades zugelassen werden sollten. Nun erst konnte davon die Frage seyn, ob die amita, als nähere Agnatin, und Intestaterbin dem patruus magnus hinsichtlich der Tutel im Wege stehe. Noch räthselhafter aber ist das andere

79) §. 3. *et* 4. *J. de gradibus cognation.*

80) §. 3. *J. de legitima agnator. success.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, §. 63. S. 217 — 220.

81) *L.* 14. *pr. C. de legitimis heredib.* (VI. 58.) vom Jahre 532. Justinian gedenkt dieser Constitution §. 3. *J. de legitima agnatorum success.* S. meine angef. Erörterung. §. 111. S. 408. ff.

Beyſpiel von der matertera, welche den Bruders Söhnen bey der Tutel nicht hinderlich ſeyn ſoll. Denn der Mutter Schweſter des Pupillen iſt ja Erſtens keine Agnatin, ſondern eine cognata, und dann Zweytens iſt ſie ja auch im Grade nicht näher, als des Pupillen Bruders Kinder, verwandt. Denn beyde ſtehen im dritten Grade der Verwandſchaft [82]). Juſtinian hat auch endlich Drittens in ſeiner Conſtitution, in welcher er einigen Perſonen aus dem dritten Grade der Cognation das Agnationsrecht ertheilt hat, nicht einmal dem Onkel oder Mutterbruder, geſchweige denn der Mutter-Schweſter ein Inteſtaterbrecht eingeräumt [83]). Das Beyſpiel paßt hier alſo auf keine Weiſe. Wenn man nun auch jenen Fall mit des Vaters Schweſter im Verhältniß zum Großoheim durch einen Zuſatz vom Tribonian erklären könnte; ſo kann doch wohl das andere Beyſpiel von der Mutter Schweſter, matertera, für nichts anders, als für das Gloſſem eines unverſtändigen Auslegers gehalten werden, wofür es auch Joſeph Fineſtres [84]) hält.

Iſt der nächſte Agnat wegen eines körperlichen oder Gemüthsfehlers zur Vormundſchaft untüchtig, z. B. er iſt taub, oder ſtumm, oder wahnſinnig; ſo wird ihm zwar dennoch die Tutel nach dem Geſetz deferirt [85]); allein die Obrigkeit ſetzt einen andern Vormund an deſſen Stelle.

82) §. 3. *J. de gradib. cognat.*

83) S. meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 114. S. 420. f.

84) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros. ad L. 10. D. h. t. §. 1. pag. 544.

85) *L.* 13. *D. de curator. furios.* S. Fineſtres in Hermogenian. ad §. 1. L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3. pag. 550.

L. 10. §. 1. *D. h. t.* Hermogenianus *Libro II. iuris Epitomarum.* Surdus et mutus nec legitimi tutores esse possunt: quum nec testamento, nec alio modo tutores utiliter dari possint.

L. 17. *D. de tutelis.* Paulus *libro VIII. ad Sabinum.* Complura Senatusconsulta facta sunt, *ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur* [86]).

Daß dieſe Senatusconſulta auch vorzüglich in Hinſicht der legitimen Vormünder gemacht worden ſind, und zwar in Anſehung derſelben haben gemacht werden müſſen, hat ſchon längſt Anton Faber [87]) gezeigt. Da nun hier die Tutel dem nächſten Agnaten einmal deferirt war, wenn er gleich wegen ſeines körperlichen oder Gemüthszuſtandes die Tutel ſelbſt nicht führen konnte, ſo konnte ſie nun einem andern Agnaten nicht mehr deferirt werden, mithin der folgende legitimus nicht eintreten [88]).

Eben ſo ward auch die legitima tutela deferirt, wenn gleich der nächſte Agnat ſelbſt noch unmündig war [89]). Ulpian [90]) führt bey der Weiber-Tutel einen ſolchen

86) Man ſehe auch Ulpian. *Fragm.* Tit. XI. §. 21.

87) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. I. Illat. 4. pag. 684. Man ſ. auch Zimmern Geſch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 234. Not. 37.

88) *L.* 3. §. 8. *D. h. t.*

89) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVII. Cap. 28. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Pr. I. Illat. 7. pag. 1050. *Ulr.* Huber Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 4. pag. 180. und von Löhr im Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung. 3. B. S. 5.

90) *Fragm. Tit. XI.* §. 20. Man vergleiche noch Gajus *Institution. Commentar. I.* §. 179. *et* 180. Da jedoch

Fall an, wo der legitimus tutor ein Pupill war. Ein solcher unmündiger Agnat war nun zwar dem Rechte und Namen nach Tutor; allein, da er die Vormundschaft selbst nicht verwalten konnnte; so wurde ihm von der Obrigkeit ein Vormund an die Seite gesetzt, welcher die Administration führte. Er erhielt die Tutel selbst erst mit der Mündigkeit [91]), jedoch konnte er sich dann entschuldi-

diese Stellen nur von der tutela mulierum sprechen, so will man bezweifeln, ob ein impubes habe tutor pupilli legitimus seyn können. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. B. §. 240. S. 898. Allein da zu Justinians Zeiten die Weiber-Tutel schon längst nicht mehr im Gebrauche war, so wäre es ja wohl ganz überflüssig gewesen, wenn Er in seinen Institutionen §. 13. *de Excusat.* nochmals namentlich die Zulassung eines Unmündigen zur legitima tutela hätte verbieten wollen. Hierzu kommt, daß Scävola in der *L.* 73. *pr. D. de Regul. iuris* von der Regel: Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nur die Frauenspersonen ausnimmt, wenn er hinzufügt: *nisi cum feminae heredes intercedunt;* nicht unmündige Mannspersonen. S. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. e.

91) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 157. Itaque masculus quidem impubes *fratrem* puberem aut patruum habet tutorem. Idem *libro XII. ad Edict. prov. L.* 16. *D. de tutel.* Sed ad liberos virilis sexus *perfectae aetatis* descendunt legitimae. Paulus *L.* 8. *D. h. t.* Si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio: constat, utrosque esse tutores, si *perfectae aetatis* sunt, quia eodem gradu sunt. Mehrere wollen jedoch die angeführten Pandecten-Stellen für interpolirt halten, wegen *L.* 5. *C. h. t.* welche im Jahre 529. und also noch vor den Pandecten gegeben worden ist. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 73. D. de Reg. iur. und Pothier c. l. Not. d. pag. 98. Dagegen ist

gen[92]). Allein nach einer Verordnung des Kaisers Justinian[93]) darf kein Minderjähriger zu einer Vormundschaft gelassen werden. In dieser Constitution ist auch insonderheit verordnet worden, *ut nec* PUPILLUS *ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus:* cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire[94]). Nach dieser Verordnung kann also nun von einer delatio legitimae tutelae nicht mehr die Rede seyn, wenn der nächste Agnat noch unmündig ist, sondern es wird mit Uebergehung desselben, die Tutel dem im Grade folgenden Fähigen zustehen[95]).

Unter mehreren legitimen Tutoren desselben Grades kann auch Einem die Verwaltung allein zuerkannt werden, wenn etwa die übrigen unfähig oder gehindert sind.

L. 5. §. 2. D. h. t. ULPIANUS *lib. XXXV. ad Edictum.* In legitimis, et in his, qui a Magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit? Et ait LABEO, et uni recte tutelam decerni, posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse: quae sententia utilitatis gratia admittenda est.

jedoch *Ern. Alex.* PAGENSTECHER Observation. legal. lib. sing. (*Wetzlar.* 1724 4.) Obs. XI.

92) §. 13. *J. de Excusat.*

93) *L. ult. C. de legitima tutela* (V. 30.) S. oben §. 1300. S. 67. und *Herm.* NOORDKERK Observation. Decas. Cap. III. pag. 41. sq.

94) §. 13. *J. de Excusation.*

95) Man sehe *Jac.* GOTHOFREDI Commentar. in tit. Pand. de div. Reg. iuris. ad L. 73. pr. pag. 316. in fin. et sq.

§. 1315. a.

2) Tutel der Gentilen.

Wenn keine Agnaten da waren, so stand die legitima tutela nach dem älteren Rechte

2) den Gentilen zu [96]). Dafür spricht nicht nur das Erbrecht derselben, von welchem die legitima tutela eine Folge ist [97]), sondern auch die Analogie von der cura furiosi, bey welcher das Gesetz der XII. Tafeln eben so wohl der Gentilen als der Agnaten gedenkt [98]). Noch mehr aber wird die tutela gentilium dadurch ausser Zweifel gesetzt, wenn Gajus [99]) bey Gelegenheit der Intestaterbfolge der Gentilen auf das erste Buch seiner

96) S. *Ern. Mart.* Chladenius de gentilitate veter. Romanor. Cap. VII. pag. 80. sqq. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 424. S. 613. der 2. Aufl. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872. verglichen mit §. 230. S. 847. ff.

97) Cicero *de Invention. rhetor.* Lib. II. cap. 50. Lex est: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatorum gentiliumque esto.*

98) Cicero c. l. Lex est: *Si furiosus est, agnatorum* gentiliumque *in eo pecuniaque eius potestas esto.* Fast wörtlich stimmt damit der Auctor *ad* Herennium Lib. I. cap. 13. überein. S. Dirksen Kritik u. Herstellg. des Textes der XII. Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

99) *Institution. Commentar.* Lib. III. §. 17. Si nullus agnatus sit, eadem Lex XII. tabularum *gentiles* ad hereditatem vocat. *Qui sint autem* gentiles, *primo commentario retulimus:* et cum illic admonuerimus totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est, hoc quoque loco de ea re curiosius tractare.

Institutionen verweist, wo er den Begriff von Gentilen gegeben, und zugleich bemerkt habe, daß das ganze gentilitium ius ausser Gebrauch gekommen sey. Bey dem Nichtvorkommen der cura furiosi kann nun aber Gajus nicht wohl anders, als bey Gelegenheit der legitima tutela, von den Gentilen gehandelt haben [100]). Man wendet zwar dagegen ein, daß die erforderliche auctoritas sämmtlicher legitimen Tutoren die Zulassung der Gentilen zur Tutel nicht gestattet habe [1]). Es ist auch nicht zu läugnen, daß die auctoritas sämmtlicher Glieder des Stammhauses oft etwas sehr Weitläuftiges gewesen wäre. Allein dieser Zweifel läßt sich lösen, wenn man bedenkt, daß ja wohl die gemeinschaftliche Verwaltung derselben bey der cura furiosi mit nicht geringeren Schwierigkeiten verbunden gewesen, überdem aber konnten sie sich ja bey der Tutel mit einer in iure Cessio helfen, wie auch schon Hugo [2]) erinnert hat.

§. 1315. b.

Erweiterung der legitima tutela vor Justinian durch Aufnahme einzelner Cognaten in die Reihe der Agnaten.

Die legitime Tutel stand also nach dem Gesetz der

100) Es ist sehr wahrscheinlich, was Hollweg bey der Stelle des Gajus *Lib. I.* §. 164. bemerkt hat, daß Gajus da, wo er die Lehre von der legitima agnatorum tutela schließt, von der *legitima gentilium* tutela gehandelt habe. Es findet sich auch gerade hier eine Lücke in den Institutionen des Gajus.

1) S. von Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. Nr. I. S. 3. Not. 2.

2) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 121. Not. 4. Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Th. §. 233. Not. 22. S. 872.

XII. Tafeln blos den Agnaten und Gentilen zu. Cognaten, d. h. wie Gajus [3]) ſagt, qui *per feminini sexus personas* cognatione iunguntur, waren von der legitima tutela, ſo wie von hereditatibus legitimis, ausgeſchloſſen. So wie jedoch das Recht der Erbfolge durch neuere Geſetze nach und nach einzelnen Cognaten zu Theil wurde, ſo erhielt auch durch ſie die legitima impuberum tutela einen größeren Umfang ſchon vor Juſtinian. Dieſe hereditates und tutelae *ex novis legibus* unterſchieden ſich von den legitimis hereditatibus et tutelis *ex duodecim tabulis* dadurch, daß ſie nicht ſo, wie die letzteren, durch capitis deminutio minima verloren giengen. Dieſen Unterſchied bemerkt auch Paulus *libro XI. ad Edictum* [4]), wenn er daſelbſt ſagt:

Sed *legitimae tutelae ex duodecim tabulis* intervertuntur eadem ratione, qua et *hereditates exinde legitimae:* quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. *Ex novis* autem *legibus* et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, *ut personae naturaliter designentur:* ut ecce deferunt hereditatem Senatusconsulta matri et filio.

Von den Cognaten erhielten ſpäterhin durch eine Verordnung der Kaiſer Valentinian, Theodos und Ar-

3) *Institut. Commentar. Lib. I.* §. 156. Paulus *L.* 10. §. 1. *D. de gradibus et adfinib.* und Justinian. *Institut. Lib. I. Tit.* 15. §. 1. S. *Jac.* Rarvardus Varior. Lib. V. Cap. 1. (*Opp.* Tom. I. pag. 623. sqq.)

4) *L.* 7. *D. de capite minutis. L.* 11. *D. de suis et legitim. hered.* S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 85.

eadius vom J. 390. [5]) die Mutter und Großmutter die Tutel nach den Agnaten, wenn ſie dieſelbe verlangten, und vor Gericht der zweyten Ehe entſagten.

§. 1316.

3) Tutel des Patrons, und ſeiner Kinder.

Legitime Tutoren waren ferner

3) der Patron, und deſſen Kinder. Dieſe waren bey Freygelaſſenen, die keine wahren Agnaten hatten, auch nicht haben konnten, eben das, was bey ingenuis die Agnaten [6]). Das Patronatrecht, als ein Verwandtſchaftsrecht betrachtet [7]), begründete daher eine Erbfolge, welche bey Freygelaſſenen in derſelben Ordnung Statt hatte, in welcher bey Freygebohrnen das Erbrecht der Agnaten ſeinen Platz nahm [8]). Dieſe Erbfolge nach

5) *L. 2. Cod. Quando mulier tutoris officio.* S. §. 1300. S. 53.

6) Theophilus Paraphr. graec. Instit. Lib. I. Tit. 17.

7) In der aus den Baſiliken Tom. VI. pag. 586. wiederhergeſtellten Conſtitution des Kaiſers Juſtinian, *L. 4. C. de bonis libertor. et iure patronat.* ſo wie ſie in der Spangenbergiſchen Ausgabe des Corpus iuris nach dem Reitziſchen Texte aus Meerman's Thesauro Tom. V. pag. 4. seqq. abgedruckt iſt, heißt es: *ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερουμένων, οἱ ἐλευθεροῦντες ἀυτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διακατοχῆς.* i. e. *quia enim manumissores* AGNATI *esse videntur manumissis, ideo etiam vocantur ex successione legitima*, nach Reitz bey Meerman Tom. V. pag. 7.

8) Ulpianus *Fragm. XXVII.* 1. S. Unterholzner über das patronatiſche Erbrecht; (in der Zeitſchrift für

Patronatrecht war nun zwar in den XII. Tafeln ausdrücklich anerkannt [9]), von der Tutel aber war in denselben namentlich nichts bestimmt. Wegen der genauen Verbindung zwischen Erbfolge und Tutel [10]), schlossen indessen die Ausleger der XII. Tafeln, was bey der Erbfolge bestimmt ist, müsse auch bey der Tutel gelten [11]). So ward also

geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschen. 5. B. Nr. II.)

9) Gajus *Institut. Comment. III.* §. 40. *et* 49. Ulpian. *Fragm. Tit. XXIX.* §. 1. Hier heißt es: Civis romani liberti hereditatem *Lex XII. tabularum* patrono defert, si intestato sine sua herede libertus decesserit; und in der *L.* 195. §. 1. *D. de Verb. Signif.* sagt eben dieser Ulpian: Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur *Lex*: „ex ea familia, inquit, in eam familiam. Man vergleiche noch von Ulpian die *L.* 10. *et* 11. *D. de iure patronatus* mit *Fragm. Tit. XXVII.* §. 1. et 5. Theophilus *in Paraphr. gr.* h. t. führt sogar die Worte des Gesetzes an: Ἐὰν ἀπελεύθερος ἢ ἀπελευθέρα ἄπαιδες καὶ ἀδιάθετοι τελευτήσωσιν τὴν τούτων κληρονομίαν οἱ πάτρωνες ἤγουν οἱ παῖδες τῶν πατρώνων διαδέχονται· i. e. *Si libertus vel liberta sine liberis et intestati decesserint*, hereditatem *eorum patroni aut patronorum liberi accipient.* Mit Gajus stimmt Justinian wörtlich überein. *Pr. J. de success. libertor.* Die dagegen erhobenen Zweifel Hugo's im Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts S. 93. Not. 2. und S. 185. Not. 2. hat Dirksen in der Kritik u. Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fragm. 8. S. 384. ff. hinlänglich gelöst.

10) Cicero *Orat. pro domo. Cap.* 13.

11) Quo tutela redit, sagt Quintus Mucius Scaevola *L.* 73.

die in den XII. Tafeln nicht namentlich enthaltene, aber ebenfalls legitima genannte, Tutel des Patrons und ſeiner Kinder über deren unmündige und weibliche Freygelaſſenen durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten folgeweiſe daraus abgeleitet [12]). Hierher gehören folgende Geſetzſtellen und vorjuſtinianeiſche Fragmente.

Gajus Institut. *Commentar. I.* §. 165. mit dem auch Juſtinians *Institution. Lib. I. Tit. 17. de legitima patronorum tutela* wörtlich übereinſtimmen. Ex eadem lege duodecim tabularum *libertorum* et *libertarum* tutela ad *patronos liberosque eorum* pertinet, quae et ipsa *legitima* tutela vocatur: non

pr. D. de div. Regul. iur. eo hereditas pervenit; oder wie dieſe bey den Röm. Juriſten nicht ungewöhnliche Hyſterologie zu erklären iſt: *Ad quem hereditas pervenit, ad eum quoque tutela redit.* S. Cujacius in Libr. XIX. Quaestion. Papiniani ad L. 69. D. de legat. II. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 554.) *Rad.* Fornerius Rerum Quotidianar. Lib. II. cap. 10. (*Thes. Otton.* Tom. II. pag. 171.) und *Franc.* Balduinus in iurisprud. Muciana. (Tom. I. *Jurispr. Rom. et Attic.* pag. 506.) Mit dieſer Erklärung ſtimmen auch die *Basilica* Tom. I. pag. 77. nach Fabrotus überein. Anderer Meinung ſind zwar *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 73. pr. D. de Reg. iur. pag. 314. sq. und *Jos.* Finestres et *de* Monsalvo Hermogenian. Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3. Man ſehe aber *Car. Frid.* Walch Diss. cit. de tutela extraneor. legitima §. 6. Die L. 73. iſt aus Scaevolae *libro sing.* Ὁρῶν genommen, welcher eine Sammlung von Regeln enthielt, die vorzüglich aus den Geſetzen der XII. Tafeln waren abgeleitet worden, wie Walch cit. Diss. §. 7. bemerkt hat.

12) S. Walch Diss. cit. §. 4. — 8.

quia *nominatim* in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est *per interpretationem*, atque si *verbis legis* introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem, etiam tutelas ad eos pertinere: cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserit: (in Justinians Institutionen ist hinzugefügt) *quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.* Ideo autem diximus *plerumque*, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 3. Per eminentiam autem *legitimi* dicuntur sc. tutores, qui *ex Lege XII.* Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati: seu *per consequentiam*, quales sunt patroni.

L. 3. pr. et §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *Lib. XXXVIII. ad Sabinum.* Tutela legitima, *quae patronis defertur e lege XII. tabularum*, non quidem *specialiter* vel *nominatim* delata est: sed *per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.* Ergo manumissor *ex Lege XII. Tabularum* tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit.

L. 6. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Ulpian. *Libro III. ad Edictum.* Verbum: ex legibus sic accipiendum est, tam *ex Legum sententia*, quam *ex verbis.*

Die gesetzliche Tutel über Freygelassene stand aber nicht nur dem Patron, sondern auch den Söhnen und Enkeln von Söhnen zu, und zwar als solchen, nicht als Erben des Patrons. Gajus [13]) sagt ausdrücklich:

Patroni autem liberi *eandem tutelam* adipiscuntur, *quam et pater eorum habuit.*

Daher verloren sie ihr Recht auf die Tutel des väterlichen Freygelassenen so wenig, als die Ansprüche auf die Beerbung desselben, wenn auch gleich der Vater sich einer Perduellion, oder eines andern Capitalverbrechens schuldig gemacht [14]) hatte, oder die Söhne sich der väterlichen Erbschaft enthielten [15]), oder auch vom Vater waren enterbt worden [16]).

13) *Institution. Commentar. I.* §. 175.

14) *L. 4. D. de iure patron.* (XXXVII. 14.)

15) *L. 9. pr. D. eodem.*

16) Gajus *Comm. III.* §. 58. Nam civis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet: ad filium autem patroni, nepotesque ex filio, et pronepotes ex nepote (*praedefuncto*) natos omnimodo pertinet, *etiamsi a parente fuerint exheredati.* S. Unterholzner angeführte Abhandl. §. 4. S. 36. Nur die ausserordentliche patronatische Erbfolge vermittelst der bonorum possessio contra tabulas liberti, und der B. P. contra suos non naturales, so wie die Successio ex Lege Papia wich darin von der legitima successio ab, daß enterbte Kinder davon ausgeschlossen waren, wenn ihnen nicht die Rechte gegen den Freygelassenen vom Vater ausdrücklich waren vorbehalten worden, wie Terentius Clemens *libro XII. ad Legem Juliam et Papiam* lehrt, woraus die *L. 40. D. de bonis libertor.* genommen ist. Si pater exheredato filio

Nur die Patronin, und die Töchter des Patrons konnten, als Weiber, keine Tutel haben [17]).

Die legitima patronorum tutela setzte übrigens

1) eben so, wie die legitima tutela agnatorum, der sie nachgebildet worden, voraus, daß keine capitis deminutio eingetreten seyn durfte, weder in der Person derjenigen, denen das Patronatrecht zustand, noch in der Person des libertus oder der liberta, durch welche die Patronaterbfolge wäre vernichtet worden, worauf die Tutel beruhte [18]). Denn Ulpian [19]) stellt die allgemeine Regel auf: legitima tutela *capitis deminutione* amittitur. Dieser Fall trat z. B. ein, wenn sich der Patron oder der Freygelassene arrogiren ließ [20]). Nur das Erb-

ita cavit, *ut ius in libertum salvum ei esset*, nihil ei *ad hanc rem* (sc. quantum ad ius patronatus; *L.* 1. §. 2. *D. de adsignand. libert.*) nocet exheredatio. S. *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XVIII. nr. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. p. 474.) und Unterholzner über das patronat. Erbrecht. §. 7. S. 90.

17) Gajus *I.* §. 195. Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

18) Gajus *Institution. Commentar. III.* §. 51. Unterholzner über das patronat. Erbrecht. in der Zeitschrift 5. B. S. 49. ff. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 251. S. 949.

19) *Fragm. Tit. XI.* §. 9.

20) Ulpian. c. l. §. 13. Gajus *Comm. I.* §. 95. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Walch ad Hoppii Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 17. not. a. bemerkt, daß nur die Agnaten, aber keinesweges die Patronen, durch capitis deminutio minima die Tutel verloren hätten. Dieser Irrthum ist augenscheinlich durch die falsche Ab-

recht, welches die Kinder einer Patronin vermöge der Lex Papia hatten, erloſch ſo wenig, als die Tutel, durch eine capitis deminutio nämlich minima, wegen der Regel, qua hereditates et tutelae *ex novis legibus* delatae capitis deminutione non pereunt [21]).

2) Die Tutel nach Patronatrecht richtete ſich in der Regel nach der Erbfolge [22]). Allenthalben entſchied die Nähe des Grades. Der Patron, ſo lange dieſer ſelbſt lebte, ſchloß alſo ſeine Kinder, ſo wie von der Erbfolge, alſo auch von der Tutel aus. Waren mehrere patroni vorhanden, ſo führten ſie die Tutel über den Freygelaſſenen gemeinſchaftlich, ſo wie ſie ihn auch zu gleichen Theilen (in capita) beerbten, wenn ſie auch ungleichen Antheil an dem Sklaven hatten [23]), weil hier blos das perſönliche Verhältniß, als ſolches, nicht die Größe des frü-

theilung des §. 9. *Tit. XI.* in Ulpians Fragmenten entſtanden. Dieſer §. 9. lautet bey Schultino in Jurisprud. vet. Antejust. pag. 597. ſo: *Excepta tutela patronorum*, legitima tutela capitis deminutione amittitur. Eben ſo bey *Jo* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta. pag. 56. Allein die Worte „excepta tutela patronorum" gehören offenbar nicht zum §. 9. ſondern zu dem vorhergehenden Satze, wo Ulpian ſagt: feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit; und bilden daher den Schluß des §. 8. ſo wie auch Hugo in iure civ. Antejustin. Tom. I. pag. 37. den §. 8. ganz richtig abgetheilt hat. S. auch Zimmern Geſch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 251. Not. a. S. 949.

21) *L. 7. D. de capite minut.* §. 2. *J. de SCto Orfit.*

22) S. Walch Diss. cit. §. 8.

23) Gajus Institution. Commentar. III. §. 59.

hern Antheils in Betrachtung kam [24]). Starb einer von denselben, so blieb die Tutel bey den übrigen, wenn gleich der verstorbene Patron einen Sohn hinterließ. Denn der Patron schloß die Kinder eines andern Patrons von der Tutel, so wie von der künftigen Erbschaft des libertus aus [25]), mit eben dem Rechte, mit welchem der consanguineus vor den Kindern eines andern verstorbenen consanguinei den Vorzug behauptete. Erst wenn alle Patronen gestorben waren, kam die Tutel an deren Söhne. Und diese giengen den Enkeln vor. Denn unter den Kindern des verstorbenen Patrons behaupteten die dem Grade nach Näheren den Vorzug vor den Entfernteren [26]); wie dieses alles Ulpian in einer aus Desselben *libro XXXVIII. ad Sabinum* genommenen Stelle, *L.* 3. §. 4. — 7. *D. h. t.* bestätiget.

Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est, solos masculos fore tutores. — Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt. Simili modo et si in servitutem redactus sit, apparet, ceteros esse tutores. — Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere. — Proinde si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, utrum ad solum filium, an vero et ad

24) S. Gans Scholien zum Gajus. Sch. VI. S. 361.

25) Gajus *III.* §. 60. Ulpianus *Fragm. Tit. XXVII.* §. 2.

26) Gajus *Comm. III.* §. 60. Paulus *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit.* 2. §. 1. Ulpian. *Fragm. Tit. XXVII.* §. 2. *et* 3. Julian. *L.* 23. §. 1. *D. de bonis libertor.*

neporem tutela pertineat? quia et nepos in familia patris sui proximus est. Hoc apparebit ex legitimis hereditatibus: legitima autem hereditas ad solum filium pertinet, ergo et tutela ad solum filium descendit: post filium tunc ad nepotem.

War der Nächste unfähig, oder des Patronats unwürdig, so war es hier, wie bey der legitima agnatorum tutela. Daher konnte auch hier zuweilen die Tutel ohne Erbschaft, zuweilen die Erbschaft ohne Tutel deferirt werden, wovon Ulpian [27]) mehrere hierher gehörige Beyspiele giebt, die schon oben bey der Agnaten-Tutel vorgekommen sind.

3) Die legitima patronorum tutela hatte das Unterscheidende, daß bey derselben die tutela cessitia über Weiber fortdauernd blieb, nachdem auch schon durch die Lex Claudia die Agnaten Tutel über dieselben war aufgehoben worden [28]).

4) War der Freygelassene nur ein Latinus Junianus, so gebührte dem Manumissor die Tutel nur dann über denselben, wenn er den Sklaven vor der Manumission nicht blos in bonis, sondern auch ex iure Quiritium gehabt hatte [29]). Das Vermögen eines Latinen fiel aber nach dem Tode desselben, nicht als hereditas, sondern iure peculii an den Manumissor zurück [30]). Es konnte

27) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

28) Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 8. nach Hugo iur. civ. antejustin. Tom. I. p. 37. verglichen mit Gajus Comm. I. §. 171.

29) Ulpianus *Fragm.* Tit. XI. §. 19. bey Hugo Tom. I. pag. 39.

30) Gajus *Instit. Comm. III.* §. 56.

daher auch, wie das Peculium der Sklaven, an extraneos heredes kommen, während die hereditas eines civis Romani liberti nie an extraneos heredes patroni kommen, sondern nur ihm und seinen Kindern; jedoch nicht den liberis exheredatis, zufallen konnte [31]). Hatte der Manumissor den Sklaven nur in bonis gehabt, während einem Andern das Eigenthum ex iure Quiritium an demselben zustand; so fiel zwar das Vermögen des Latinen nach desselben Tode iure peculii wieder an den zurück, welcher ihn vor der Manumission in bonis gehabt hatte; allein die Tutel über denselben erhielt der Herr, welchem das ius Quiritium geblieben war. Dieser hätte zwar durch Manumission den Sklaven nicht zum Latinus machen können, denn dazu war nur der berechtiget, welcher den Sklaven in bonis hatte [32]). Allein die Tutel konnte hier der Manumissor über den Latinen darum nicht erlangen, weil diese ein dem Agnationsverhältniß analoges Recht voraussetzte; was also nur, wie jenes selbst, ein quiritarisches Recht seyn konnte [33]). So hatte dieß alles, wie Gajus [34]) sagt, die *Lex Junia* verordnet.

§. 1316. a.

4) Parentes manumissores.

Für einen legitimus tutor ward ferner 4) der Va-

31) Gajus *III.* §. 58.

32) S. Dositheï *Fragment. de Manumissionibus.* §. 11. nach Roever *Lugd. Batav.* 1739. 8. und Huso Jur. Civ. Antej. Tom. I. pag. 256. §. 9. aber nach Schilling Diss. crit. de Fragmento iuris Rom. Dositheano denuo graece et latine edito. (*Lipsiae* 1819. 8.) pag. 19.

33) S. Gans Scholien zum Gajus. IV. S. 195.

34) *Institut. Commentar. I.* §. 167. (edit. sec. *Berolini* 1824).

ter gehalten, welcher seinen unmündigen Sohn, oder Tochter, oder seinen Enkel, oder Enkelin vom Sohne, und so weiter, die er in seiner Potestas hatte, einem Andern unter der Bedingung in das Mancipium gegeben, daß ihm das Kind remancipirt werde, und er dann solches nach erfolgter Remancipation selbst manumittirt hat [35]). Daß bey dem Sohne die Mancipation, so wie die dabey bedungene Manumission von Seiten des Käufers dreymal wiederholt werden, und die Manumission zuletzt vom Vater, so wie bey einem Sklaven, gewöhnlich vindicta geschehen mußte, wenn der Sohn sogleich sui iuris werden sollte, ist bekannt [36]). Dieser ganze aus Mancipationen und Manumissionen zusammengesetzte Act wurde eigentlich emancipatio genennt [37]). So wie nun das mancipium ein Analogon der Sklaverey war [38]), so bildete die Freylassung aus demselben ein Analogon des Patronats. Der parens manumissor ward auf solche Art als Patron des emancipirten Kindes angesehen, und erlangte also durch

S. auch Freyh. von Brackdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 167. S. 639. ff.

35) Gajus *Commentar. I.* §. 132.

36) Ulpianus *Fragm. Tit. X.* §. 1. und Gajus *Institut. Comment. I.* §. 132. S. *Gerl.* Scheltinga Diss. de Emancipationib. *Franequ.* 1730. P. I. Cap. 2. et 3. (in *Dan.* Fellenberg Jurispr. antiqua. Tom. II. pag. 478—498.)

37) §. 6. *J. Quib. mod. ius patr. pot. solvit.* S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. Th. 2. Abth. §. 225. S. 823. ff.

38) Gajus *Institut. Comm. I.* §. 131 et 138. *III.* §. 114. *L. 3. §. ult. D. de cap. minut.* Theophilus *Paraphr. gr.* Lib. I. Tit. 12. §. 6. S. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. II. Illat. 4. pag. 745. seq.

die Manumission nicht blos formell, sondern auch materiell alle Rechte eines Patrons über das Kind [39]). So wie daher der Vater das emancipirte Kind nicht blos vermöge Edicts, sondern auch schon nach dem ältern Civilrechte, exemplo patroni, ab intestato beerbte [40]), so erhielt er auch die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war [41]). Auch diese tutela parentum, so wie sie nach der Analogie des Patronatverhältnisses durch Interpretation

39) S. Unterholzner's Abhandl. über die Manumissio per vindictam und die emancipatio (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. B. 2. Nr. V. S. 160. ff.

40) Gajus *ibidem* §. 192. Modestinus *L.* 10. *D. de suis et legitim. heredibus. L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. Si a parente quis manumissus. L.* 2. *Cod. de SCto Tertull.* (VI. 56.) S. Zimmern über fiduciaria tutela, in Neustetel's und Zimmern's römischrechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. 1. B. (Heidelberg 1821.) Nr. VIII. S. 149. ff.

41) S. Scheltinga Diss. de Emancipationib. P. II. §. 15. bey Fellenberg pag. 129. Als bloßer Cognat konnte der Vater nicht legitimus tutor seines Kindes seyn, wenn ihm gleich der Prätor in dieser Eigenschaft eine bonorum possessio gab. Denn eine legitima tutela kann keinem Andern zustehen, als welcher ex Lege oder iure legitimo den Pupillen beerbt. Ex Edicto Praetoris wird daher keine legitima tutela deferirt. Nur in der Eigenschaft eines Patrons, in welcher er ein Civilerbrecht hatte, konnte also der Vater legitimus tutor seines emancipirten Kindes seyn. S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. I. Cap. 7. nr. 1. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 41.) auch *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libri V. de legitima tut.

ist ausgebildet worden, wird daher ausdrücklich legitima genennt [42]). *Fiduciaria* konnte diese Tutel schon darum nicht genennt werden, weil hier der parens manumissor nicht aus einem in ihn gesetzten Vertrauen handelte, indem mit ihm kein pactum fiduciae geschlossen ward, sondern er vielmehr auf diese Weise den Käufer seines Kindes verpflichtete [43]). Für die legitima tutela des parens manumissor sprechen vielmehr folgende Beweise.

Gajus *Comment. I.* §. 175. Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui in (*mancipio datam, et* [44]) sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione LEGITIMAM TUTELAM nactus est.

42) Gajus *Comm. II.* §. 122.

43) Anderer Meinung ist zwar Thibaut in den civilistischen Abhandlungen. Nr. XII. S. 286. wegen Ulpian *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Allein Ulpian spricht hier nicht vom parens manumissor, sondern von demjenigen, welcher entweder dem Vater, der die patria potestas hat, oder dem coemptionator, der die manus hat, ein liberum caput abkauft, und solches nach erlangtem mancipium selbst freyläßt. Hätte er das Kind seinem leiblichen Vater wieder remancipirt, und dieser solches manumittirt, so würde derselbe kein fiduciarius, sondern ein legitimus tutor seyn, wie sich aus allen oben angeführten Gesetzstellen und Zeugnissen des Gajus und Justinians ergiebt. S. die Römischrechtlichen Untersuchungen für Wissensch. und Ausübung von Neustetel und Zimmern. 1. B. Nr. VIII. S. 145. und Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 197.

44) So scheint die Lücke in dieser Stelle des Gajus nach Maasgabe des §. 172. ergänzt werden zu müssen. Göschen in der neuen Ausgabe des Gajus pag. 81. liest *mancipatam.*

L. 3. §. ult. D. h. t. ULPIANUS *libro XXXVIII. ad Sabinum.* Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps, impuberes, quos in potestate habeat, emancipet: *vicem* LEGITIMI TUTORIS *sustinet.*

GAJUS *Comm. I. §. 172.* Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint: quod etsi placeat, *in parente tamen, qui filiam, neptemve, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit,* idem dici non debet, *cum is et* LEGITIMUS TUTOR *habeatur;* et non minus *huic,* quam *patronis,* honor praestandus est.

JUSTINIANUS *§. un. Inst. de legitima perentum tutela.* (I. 18.) EXEMPLO PATRONORUM recepta est et alia tutela, quae et ipsa LEGITIMA vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, LEGITIMUS EORUM TUTOR ERIT.

L. 5. C. de dolo malo (II. 21.) Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS. Si superstite patre *per emancipationem* tui iuris effecta, matri successisti, rebusque tuis *per* LEGITIMUM TUTOREM, PATREM, *eundemque* MANUMISSOREM administratis, postea transegisti cum eo bona fide, etc.

§. 1316. b.

5) Fiduciarii tutores.

Soviel endlich 5) die fiduciarii tutores anlangt, ſo haben ſich zwar auch dieſe, wie Ulpian [45]) ſagt, per

45) *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Qui liberum caput mancipatum

similitudinem patroni gebildet, ſie werden aber von den legitimis tutoribus ausdrücklich unterſchieden [46]). Wer ſind nun aber dieſe fiduciarii tutores [47])? In den Inſtitutionen des Kaiſers Juſtinian Lib. I. Tit. 19. werden die Söhne desjenigen, welcher einen unmündigen Deſcendenten, Sohn, oder Tochter, Enkel oder Enkelin, u. ſ. w. ſelbſt manumittirt hat, *fiduciarii tutores* genennt, wenn ſie nach dem Tode des Vaters die Tutel über das emancipirte Kind erhalten. Der parens manumissor war eigentlich der legitime Vormund ſeines emancipirten unmündigen Kindes, wie bereits gezeigt worden iſt. Er hatte durch die Manumiſſion alle Rechte eines wahren Patrons über das Kind erhalten, weil es ambillig, ja widerſinnig geweſen wäre, dem Vater weniger Rechte zu geſtatten, als dem manumissor eines Sclaven, cum non minus huic, quam patronis honor praestandus sit, wie Gajus [48])

sibi, vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, *per similitudinem patroni* tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor* appellatur.

46) Gajus *Comment. I.* §. 172.

47) Man vergleiche *Ge. Christ.* Gebauer Excurs. ad cap. un. J. de fiduciaria tutela: adj. ejusdem Ordini Institution. Justinian. Exc. V. pag. 304. — 334. Ant. Frid. Juſt. Thibaut Abhandl. über die Beſchaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela; (in Deſſelben civiliſtiſchen Abhandlungen. Heidelb. 1814. Nr. XII. S. 285. — 304.) Zimmern über die fiduciaria tutela, in Deſſelben römiſchrechtl. Unterſuchungen. 1. B. Nr. VIII. S. 142 — 154. Freyh. von Brockdorff Inſtitutionen-Commentare des Gaius. 1. B. Lib. I. zum §. 166. S. 621 — 639. und Ed. Gans Scholien zum Gajus. IV. Schol. S. 195 — 200.

48) Gajus *Comm. I.* §. 172. *in fin.*

ſagt. Allein die Kinder des emancipirenden Vaters hatten nach dem Tode deſſelben nicht eben die Rechte, wie die Kinder eines Patrons. Zwar giengen nach dem Tode des Vaters, in deſſen Gewalt ſie zur Zeit ſeines Todes noch waren, die Patronatrechte, und alſo auch die Tutel auf ſie über; allein eine eigentliche legitima tutela, wie die des verſtorbenen Vaters war, konnte die auf die Söhne deſſelben übergegangene Tutel ſchon darum nicht ſeyn, weil die Kinder des verſtorbenen parens manumissor vor dem Kaiſer Anaſtaſius kein civilrechtliches Succeſſionsrecht hatten [49]), und das auf ſie übergangene Patronat des Vaters in ihrer Perſon nicht mit der vollkommenen Ausübung der Vorrechte, welche die Tutel der Patrone mit ſich führt, verbunden war, alſo mehr nur ein formelles, oder Quaſipatronat genennt werden konnte. Deswegen ſagt Gajus [50]) von den Kindern des emancipirenden Vaters, *fiduciarii tutoris loco* numerantur: patroni autem liberi *eandem tutelam* adipiscuntur, quam et pater eorum habuit. Indem alſo hier den Kindern des Patrons dieſelbe Tutel zugeſchrieben wird, welche auch ihr Vater hatte, ſo folgt hieraus vermöge eines nothwendigen Schluſſes a contrario, daß die Kinder des parentis

49) *L.* 1. §. 5. *D. Si a parente quis manumissus.* (XXXVII. 12.) *Liberos* autem *manumissoris* non venire ad contra tabulas bonorum possessionem filii emancipati constat, quamvis patroni veniant. S. *Jan. a* Costa *Franc.* Hotoman, und *Ev.* Otto Commentar. ad Tit. Institut. de fiduciaria tutela. Außerdem *Frdnc. Car.* Conradi de pacto fiduciae Exerc. I. §. 6. und Gebauer cit. Excurs. §. III. pag. 317. Beſonders Zimmern a. a. O. S. 150. f.

50) *Instit. Comment. I.* §. 175.

manumissoris nicht eben die Tutel, wie ihr Vater, erhalten. Die Tutel des Vaters mußte also eine legitima seyn, während die Tutel der Kinder nur eine fiduciaria war.

Welche Personen nun die fiduciaria tutela haben, darüber enthalten die Institutionen folgende Belehrung. In diesen lautet der Tit. de *fiduciaria tutela* (I. 19.) folgendermassen.

Est et alia tutela, quae *fiduciaria* appellatur: nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiserit, *legitimam nanciscitur eorum tutelam.* Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, *fiduciarii tutores* filiorum suorum [51]), vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui [52]) patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem re-

51) *Franc.* Balduinus in Comment. ad Tit. Instit. de fiduciaria tut. hält die Worte *filiorum suorum* für einen Zusatz, der aus eines alten Auslegers Scholie genommen sey. Haloander, Russard, und Baudoza Cestius haben sie daher in ihren Ausgaben, so wie die Worte *et ceterorum*, weggelassen. Allein diese Meinung wird durch die Paraphrase des Theophilus widerlegt. Die ältere gemeine Lesart hat aus mehreren Gründen Thibaut in der angef. Abhandl. S. 288. ff. vertheidiget.

52) *Atqui*, oder wie einige alte Ausgaben lesen, *atquin* steht hier für At enim, wie Hotoman in Comm. ad h. Tit. bemerkt. Es soll hier einem Einwurfe begegnet werden

cideret: ideoque *nec in tutelam* [53]). Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset.

53) Die Worte *ideoque nec in tutelam* verſteht Hotoman a. l. ſo, nämlich in tutelam fratrum recideret filius emancipatus. Dieß ſey nun aber offenbar falſch. Denn wäre keine Emancipation geſchehen, ſo wäre der groſsjährige Bruder legitimus tutor ſeines unmündigen Bruders geworden. Die gedachten Worte müßten daher, als Bemerkung eines unwiſſenden Gloſſators, weggeſtrichen werden. Denn ohne Zweifel wäre der Unmündige in die legitime Tutel ſeines Bruders gekommen. *L.* 3. *C. de Exception.* (VIII. 36.) *L.* 19. §. 1. *D. ad SCt. Vellej.* (XVI. 1.) *L.* 1. *D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. de tutelae et ration. distrah.* (XXVII. 3.) Allein der ganze Zuſammenhang lehrt, daß unter der Tutel die legitima tutela zu verſtehen ſey, welche der emancipirende Vater hatte, wie auch *Franc.* Balduinus in Comm. ad h. Tit. bemerkt hat. Denn ſo wie die väterliche Gewalt nicht auf die Kinder erblich übergeht, ſo auch nicht das ius emancipationis ac legitimae tutelae, welches daraus entſteht. Es iſt daher eine ganz unnöthige Emendation, wenn *Ge. D'* Arnaud Variar. Conjectur. iuris civ. (*Leovardiae* 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. §. 2. pag. 85. sq. leſen will: *ideoque nec in tutelam* illam. Er meint zwar Theophilus begünſtige ſeine Erklärung und Conjectur, welcher ſo paraphraſirt: διὸ οὐδὲ τὴν αὐτὴν ἕξει ἐπιτροπὴν ὁ παῖς τοῦ ἐμαγκιπατεύσαντος, i. e. *Ideo neque filius emancipatoris* eandem *habebit tutelam.* Allein daraus folgt nicht, daß Theophilus in ſeinem Exemplar ſo geleſen habe, ſondern Er ſuchte durch das τὴν αὐτὴν nur den wahren Sinn des Kaiſers ſeinen Schülern deutlicher zu erklären, wie auch ſchon *Jo. Bernh.* Koehler in Animadversion. ad quaedam Institutionum loca, welche er ſeiner Ausgabe der

Zur Erläuterung dient hier vorzüglich die Paraphraſe des Theophilus, welche nach der Reitziſchen Ueberſetzung ſo lautet.

Praeter dictas tutelas est etiam alia, quae vocatur *fiduciaria.* Si enim filium meum aut filiam, vel nepotem aut neptem, vel pronepotem aut proneptem, cum impuberes essent, emancipavero, Ego — *legitimus* eorum *tutor* fio. Nam manumissor liberi capitis, *ad similitudinem eius, qui ex vera servitute manumittit,* ad tutelam vocabitur.

Si vero accidat, ut Ego moriar, habens liberos masculos, hi fient *tutores fiduciarii* impuberis, cuius per emancipationem tutor legitimus factus eram.

Evenit autem, ut non solum frater fratri fiat tutor fiduciarius, sed et patruus fratris filio, et pater filio. Et frater quidem fratri sic: Habebam duos filios, alterum viginti quinque annorum, aut maioris etiam aetatis, alterum impuberem. Impuberem emancipans, tuebar eum tanquam *legitimus.* Me mortuo, frater perfectae aetatis erit *tutor* eius *fiduciarius.*

Patruus autem fratris filio, quo modo? Habebam filium, maiorem viginti quinque annis, et ne-

Institution. ex recens. *Jac.* Cujacii *Goett.* 1772. 8. beygefügt hat, pag. 224. gegen *D'* Arnaud erinnert hat. Eben ſo hat auch Walch ad *Hoppii* Comment. in Institut. h. T. not. c. pag. 169. die Meinung des Hotoman's mit Recht verworfen. Man ſehe auch *Gail.* Otto Reitz ad *Theophili* Paraphr. graec. Lib. I. Tit. 19. Not. i. pag. 163.

potem aut neptem ex filio mortuo. Emancipavi nepotem. Ego quidem, ut *legitimus*, tutor ero: post meam vero mortem patruus, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Pater filio hunc in modum: Habebam filium majorem viginti quinque annis, atque ex eo nepotem impuberem. Nepotem emancipavi. Ego quidem, ut *legitimus*, tuebor, post me autem pater, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Sed possit aliquis dicere: Curnam patroni quidem liberi legitimi tutores dicuntur, at horum patrum liberi, qui impuberes emancipaverunt, differunt appellatione? Illi enim dicuntur tutores *legitimi*, at liberi horum *fiduciarii*. Sed ratio haec est: nisi evenisset, ut superstes Ego meum filium sui iuris fecissem, morte mea fit sui iuris, non recidens in fratris sui aut patrui potestatem. *Ideo neque filius emancipatoris eandem habebit tutelam*, sed vocabitur *fiduciarius*. Libertus autem, nisi manumissus esset, sed in servitute mansisset, omnino servus fieret liberorum defuncti.

Nach den Institutionen und der Erklärung des Theophilus sind also tutores fiduciarii

1) der eigene Vater des emancipirten Kindes, in dem Falle nämlich, da der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirte, desselben Vater aber, als seinen, des Großvaters Sohn, in seiner väterlichen Gewalt behielt. Hier war der Großvater, so lang er lebte, des emancipirten Enkels legitimer Tutor, nach dessen Tode aber ist der Vater desselben fiduciarischer Vormund.

2) Die großjährigen Brüder des emancipirten Kindes. Derſelben gedenkt inſonderheit Modeſtin *libro quarto Differentiarum*, woraus die *L. 4. D. h. t.* genommen iſt. Da heißt es:

Quo (sc. parente emancipatore) defuncto, *si liberi perfectae aetatis exsistant*, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.

Dieſes Geſetz ſteht mit dem unmittelbar vorhergehenden §. 3. der *L. 3. h. t.* welche aus Ulpians *lib. XXXVIII. ad Sabinum* genommen iſt, in der genaueſten Verbindung. Aus beyden Geſetzſtellen iſt der *Tit. Inst. de fiduciaria tutela* hauptſächlich geſchöpft. Die Worte *perfectae aetatis* halten viele [54]) für interpolirt. Tribonian ſoll ſie den Worten *virilis sexus* in den Inſtitutionen ſubſtituirt haben, weil Juſtinian der erſte geweſen, welcher die Zulaſſung zur Tutel vor dem Eintritt der Großjährigkeit bey der geſetzlichen Vormundſchaft verboten habe [55]). Er berufe ſich auch ſelbſt auf ſeine Conſtitution in dem Titel de fiduciaria tutela ſeiner Inſtitutionen, in welchem er am Schluſſe ſagt:

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, *si perfectae aetatis sint:* quod *nostra Constitutio* generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari praecepit.

54) S. *Jac.* Cujacii Notae ad Institution. Tit. de fiduciaria tutela. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani. Cap. IV. p. 75. (edit. Heineccii *Halae* 1736. 8.) beſonders *Jo. van* Nispen Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini IX.* libris Differentiar. supersunt. Cap. V. §. Tractatui. (in Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 39. sqq.)

55) *L. ult. Cod. de legitima tut.*

Dagegen wenden jedoch diejenigen ein, welche den Tribonian von diesem Vorwurfe einer Interpolation zu befreyen suchen [56]), der Ausdruck perfecta aetas habe Beziehung auf jenen alten Volksschluß, der unter dem Namen Lex Laetoria, richtiger *Plaetoria* bekannt sey, und ein Alter von fünf und zwanzig Jahren zur Großjährigkeit bestimmt habe. Dieses Alter hätten die Röm. Rechtsgelehrten verstanden, wenn der legitimus tutor die Bürde der Vormundschaft habe wirklich übernehmen sollen; wohl aber habe die Tutel dem legitimus tutor noch vor dem Eintritt dieses Alters deferirt werden können, wie Justinian in seiner Constitution selbst sage. Dieß sey der Sinn der Worte des Modestinus: *fiduciarii tutores fratris vel sororis* EFFICIUNTUR. Modestin spreche also bloß von dem Zeitpunct der Delation. Für die Meinung, daß die Röm. Rechtsgelehrten, wenn sie von dem legitimus tutor die perfecta aetas erfordern, von der Zeit der wirklichen Uebernehmung der Tutel sprechen, habe ich mich schon oben [57]) erklärt.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie Ju-

56) S. *Reinh.* Bachovius in Comm. ad §. 13. Institut. de excusat. tutor. *Hieronym. de* Oroz de Apicibus iuris civ. (*Lugduni* 1661. *f.*) Lib. V. Cap. 7. nr. 8. pag. 377. *Jo.* Wybo de Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 19. pag. 309. edit. *Heinecc.*

57) S. §. 1316. S. 339. und Not. 91. Nach der Verordnung des K. Justinian (Not. 55.) wird zwar der Minderjährige, als nächster Agnat, Erbe, aber nicht mehr ipso iure Vormund, sondern die Tutel wird, mit Uebergehung desselben, dem folgenden Agnaten deferirt. S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libr. V. de legitima tut. circa fin.

ſtinian die Söhne des emancipirenden Vaters, welche nach deſſen Tode die Tutel über das emancipirte unmündige Kind erhalten, habe fiduciarii tutores nennen können, da ſie doch ſchon ſeit Anaſtaſius ihrer emancipirten Geſchwiſter Inteſtaterben geworden waren, und daher die Tutel der Geſchwiſter vom K. Anaſtaſius ſelbſt eine legitima tutela genennt wird? Wir haben zwar dieſe Conſtitution ſelbſt nicht mehr, allein da uns Juſtinian [58]) darauf verweiſt, ſo ſtand ſie gewiß in ſeinem erſten Codex, und verſchwand wegen Juſtinians erweiternder Conſtitution [59]) in der repetita praelectio. Anaſtaſius aber beruft ſich ſelbſt darauf in der *L.* 4. *Cod. de legitima tutela*, welche folgendermaſſen lautet:

Frater emancipatus, qui in germani sui vel sororis successione omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum sed etiam agnatorum antecedere a nobis pro nostra dispositione iussus est, *etiam ad legitimam fratrum et sororum, nec non liberorum fratrum tutelam*, quasi minime patris potestate per ius emancipationis relaxatus, si non alia iuri cognita excusatione munitus sit, vocari: nec sub praetextu capitis deminutionis alienum ab huiusmodi onere semetipsum esse contendere sancimus.

Da in dieſer Conſtitution auch inſonderheit der Bruders Kinder Erwähnung geſchieht, ſo war die Tutel des

58) §. 1. *J. de success. cognator.* §. *ult. J. de gradib. cognat. L.* 15. §. 1. *C. de legitim. hered.*

59) *L.* 13. §. 1. *et* 2. *L.* 15. *C. cit.* S. meine Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. §. 82. der 2. Aufl. S. 287. ff.

Oheims nicht minder eine legitima tutela, und doch wird auch der patruus nur für einen fiduciarius tutor gehalten, wie aus der Paraphraſe des Theophilus ganz deutlich erhellet.

Man hat das Räthſel auf verſchiedene Art zu löſen geſucht. Cujaz [60]) meint, die Conſtitution des Anaſtaſius rede von einem ganz andern Falle, als Juſtinian, nämlich von dem Erbrechte und der Tutel eines emancipirten Bruders in Anſehung eines ſolchen unmündigen Geſchwiſters, welches in der väterlichen Gewalt geblieben iſt; während Juſtinian von einem ſolchen Bruder rede, der in der väterlichen Gewalt geblieben, und nach dem Tode ſeines Vaters fiduciarius tutor ſeines emancipirten unmündigen Bruders wird. Auf dieſen Fall gehe die Conſtitution des Kaiſers Anaſtaſius nicht, ſondern hier trete blos das Edictum *unde cognati* ein. Joſeph Fernandez De Retes [61]), der dem Cujaz beyſtimmt, hat auch ausführlich zu zeigen geſucht, daß gerade in dem Falle, von welchem Anaſtaſius ſpricht, nämlich, wenn ein emancipirter Bruder einen ſolchen Bruder ab intestato beerben will, der in der Familie des Vaters geblieben iſt, die Conſtitution deſſelben nöthig geweſen ſey, weil ſonſt dem emancipirten Bruder, als einem bloßen Cognaten, alle Agnaten, nahe und entfernte, nach dem ältern Rechte vorgegangen wären [62]), welches eben Anaſtaſius, blos die Bande des Bluts berückſichtigend, ob-

60) Notae prior. ad Institut. Tit. de fiduciaria tutela.

61) Opusculor. Lib. I. Cap. 7. §. 4. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 42.)

62) *L.* 5. *D. Unde cognati L.* 1. *D. de suis et legitim. heredib.* Ulpian. *Fragm. Tit. XXVI.* §. 1.

wohl im Falle der Concurrenz mit andern Geschwistern in der Größe des Erbtheils etwas beeinträchtigend, durch seine Constitution abgeändert habe. Dahingegen sey in dem Falle, da von der Intestatbeerbung eines emancipirten Bruders die Rede ist, dem in der Familie gebliebenen Bruder schon das Edictum *unde cognati* hinlänglich zu statten gekommen, und folglich die Constitution des Kaisers Anastasius überflüssig gewesen. Da nun der Prätor den Bonorum possessor nicht zur Tutel verpflichtete, der in der väterlichen Gewalt gebliebene Bruder aber hier nicht *ex constitutione* Anastasii legitimus heres war, so habe die Tutel, welche derselbe nach dem Tode des Vaters über das emancipirte unmündige Geschwister erhielt, keine andere, als eine fiduciaria tutela seyn können.

Unsere neueren [63]) haben wohl das Räthsel am natürlichsten gelöst, wenn sie sagen, die Verfasser der Institutionen wären in der Darstellung dieser Lehre bloß ihrem Muster gefolgt, denn Gajus konnte freylich davon keine Ahnung haben, was nach Jahrhunderten Anastasius verordnen würde, daher werden auch in den Pandecten die Söhne des emancipirenden Vaters, in Rücksicht der nach dem Tode desselben zu übernehmenden Tutel, vom Modestin [64]) *fiduciarii* tutores fratris vel sororis genennt.

In der Constitution des Kaisers Anastasius wird aber auch die Tutel des Vatersbruders über seinen Neffen eine legitima genennt. Allein in den Institutionen ist

3) der Vatersbruder, der nach dem Tode seines

63) S. Thibaut angef. Abhandl. S. 293. und Zimmern angef. Abhandlung. S. 247. a. E.

64) *L. 4. D. h. t.*

Vaters die Vormundschaft über seinen unmündigen Neffen erhält, unter den *fiduciarii tutores* begriffen. Darauf deutet vorzüglich das *et ceterorum* hin, wie aus der Paraphrase des Theophilus erhellet, in welcher diese Worte auf folgende Art erläutert werden. Ich habe einen Sohn, der älter ist, als fünf und zwanzig Jahre, und einen Enkel, oder eine Enkelin von einem verstorbenen Sohne. Den Enkel habe ich emancipirt. Hier werde ich legitimer, nach meinem Tode aber mein anderer Sohn fiduciarius tutor seyn, und dieser ist der Oheim des emancipirten Kindes. Da jedoch Justinian in dem Vordersatze, wo er von der legitima tutela parentis manumissoris handelt, nicht bloß der Kinder des ersten Grades, sondern auch der Enkel, ja Urenkel gedenkt; so sind auch hier unter den *ceteri* des Bruders Kinder und Enkel zu verstehen [65]), und es erhellet hieraus zugleich, daß die Worte *et ceterorum* nicht, wie in mehreren alten Ausgaben geschehen ist, weggelassen werden dürfen, weil nicht abzusehen wäre, warum sich die fiduciaria tutela, da sie unläugbar der tutela patronorum ist nachgebildet worden, mit den Brüdern hätte endigen sollen.

Die Ordnung, wie die fiduciaria tutela nach des emancipirenden Vaters Tode übertragen wurde, war also nach den Institutionen folgende. Deferirt ward sie zuerst dem Vater des vom Großvater emancipirten Enkels, dann den Brüdern des emancipirten Kindes, dann dem Oheim, oder Großoheim [66]).

65) Cujacius Not. ad Instit. Tit. de fiduciar. tutela, und Westenbec Comment. ad eund. Tit. nr. 2.

66) S. Thibaut. angef. Abhandlung. S. 294 f. Nr. III.

Wenn K. Anaſtaſius in der oben angeführten *L. 4. C. de legitimæ tutelæ* auch ſchon der Brüder Kinder gedenkt, und die Tutel über dieſelben eine legitima nennt, ſo iſt ſchon von andern [67]) bemerkt worden, daß die Worte: *nec non liberorum fratrum* aus der neuern Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L. ult. §. 3. et 4. Cod. de legitimis heredibus* interpolirt worden ſind. Denn Kr. Anaſtaſius gab nur den emancipirten Geſchwiſtern ein geſetzliches Erbrecht, nicht den Kindern derſelben, und erſteren auch nur mit einer bedeutenden Verminderung derjenigen Portion, die ſie erhalten haben würden, wenn ſie nicht emancipirt worden wären, nämlich in dem Falle, da ſie mit nicht emancipirten Geſchwiſtern concurrirten [68]); und wegen dieſes Erbrechts hatte ſie auch Anaſtaſius der Laſt der Vormundſchaft unterworfen [69]). Erſt Juſtinian erweiterte die Lex Anastasiana dergeſtalt, daß nicht nur die emancipirten Geſchwiſter die nicht emancipirten mit gleichem Rechte, und ohne alle Verkürzung ihres Erbtheils beerben ſollten, ſondern daß auch den Kindern derſelben, jedoch nur den Söhnen und Töchtern der Geſchwiſter, ein gleiches Erbrecht mit den Kindern der nicht emancipirten Geſchwiſter zuſtehen ſolle [70]). Es ſollten aber auch dieſe Perſonen, deren Erbrecht Juſtinian

67) Man ſehe hier vorzüglich *Gerl.* Scheltinga Diss. de Emancipationibus. P. II. §. 14. (*in Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 528 sq.)

68) §. 1. *J. de success. cognator.* Theophilus Paraphr. ad h. §. S. meine Inteſtaterbfolge §. 82. S. 288.

69) *L. 5. C. de curatore furiosi.* (V. 70.)

70) *L. 15. §. 3. C. de legitim. heredib.* (VI. 58.) S. die Erbrt. der Inteſtaterbfolge. §. 115.

auf dieſe Art erweitert hatte, und alſo der Vatersbruder über ſeines emancipirten Bruders, oder ſeiner emancipirten Schweſter Sohn oder Tochter die Tutel übernehmen, ut non solum lucrum sentiant, sed etiam gravámini subjúgentur [71]).

Nun entſteht aber die Frage, warum die Söhne des emancipirenden Vaters, wenn ſie nach dem Tode deſſelben die Tutel über das von demſelben emancipirte unmündige Kind erhielten, nicht eben ſo, wie die Söhne des Patrons, legitimi tutores genannt wurden, da doch die Tutel des emancipirenden Vaters eben ſo, wie die Tutel des Patrons, ausdrücklich eine legitima tutela genennt wird? Die Inſtitutionen geben darüber in den Worten: *Atqui* [72])

71) *L. cit.* 15. §. 4. *C. de legit. hered.*

72) Biener lieſt *atque*, in Verbindung mit dem Vorhergehenden. Allein offenbar ſoll hier einem Einwurfe begegnet werden, der hier gemacht werden könnte. Dieß ergiebt ſich auch aus der Paraphraſe des Theophilus. In dieſer heißt es: Αλλ' ἔχει τις εἰπεῖν, τί δήποτε etc. i. e. *Sed possit aliquis dicere, curnam* etc.; und auch hier fängt eine neue Periode an. Die Lesart ATQUE iſt daher offenbar unrichtig, welche ich auch in keiner einzigen meiner gloſſirten und ungloſſirten Ausgaben gefunden habe. Mit Hülfe der Paraphraſe des Theophilus iſt nun auch dieſe von mehreren Auslegern für ſchwierig, ja vom Hotoman für verſtümmelt gehaltenen Stelle leicht zu erklären. Der Sinn iſt folgender. „Allein, könnte man einwenden, wenn der Patron, als legitimer Vormund ſeines Freygelaſſenen ſtirbt, ſo ſind ja auch deſſelben Kinder legitimi tutores. Warum iſt es nun bey den männlichen Deſcendenten des emancipirenden Vaters anders? Der Grund dieſes Unterſchie-

patrono etc. mit welchen Tujaz mit Recht eine neue Periode anfängt, folgende Aufklärung. Man könne, sagen sie, die Kinder des emancipirenden Vaters darum nicht, wie die Kinder des Patrons, legitimi tutores nennen, weil auf die letzteren, ohne Manumission des Sklaven, das Eigenthum und die herrschaftliche Gewalt würde übergegangen seyn, auf die Kinder des emancipirenden Vaters aber, ohne Emancipation, nicht die väterliche Gewalt desselben, sondern das Kind würde nach dem Tode des Vaters sui iuris geworden seyn. Nicht alle Ausleger hat jedoch diese Art der Auflösung unsers Problems befriedigen wollen. Man hat dagegen eingewendet, der angeführte Grund sey nur zum Theil wahr. Er passe nicht auf die fiduciaria tutela patris, weil ja der Enkel, wenn er von dem Großvater nicht wäre emancipirt worden, nach dem Tode desselben, in die Gewalt seines Vaters gefallen

des beruht darin." — Gebauer cit. Exeurs. pag. 312. meint, nach den Worten: legitimi sunt tutores, hätte noch hinzufügt werden sollen: *qui itaque fit, ut patre, pariter legitimo tutore, mortuo, liberi eius non legitimi, sed fiduciarii sint dicantarque tutores? Hoc autem ideo fit, quoniam filius quidem defuncti* etc. Allein man hat deswegen nicht nöthig, die Abschreiber hier einer Nachläßigkeit zu beschuldigen. Denn die nämliche Art, wie hier Justinian einem Einwurfe begegnet, findet sich auch beym Tacitus *Annal.* Lib. XIV. cap. 44. wie *Ant.* Matthaei in Comm. ad h. l. Institution. bemerkt hat. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 9. in fin. führt ein ähnliches Beyspiel aus *L.* 68. *D. de hered. instit.* an. Man sehe auch *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Comment. h. t. not. b. pag. 168. sq.

wäre [73]). So Cujaz [74]), dem auch Valtejus [75]), Fabrot [76]), Joseph Mecius [77]), Everard Otto [78]), Arnold Vinnius [79]), Janus a Costa [80]) und Carl Fried. Walch [81]) gefolgt sind. Gebauer [82]) will aber Justinians Grund auch nicht einmal bey der fiduciaria fratrum tutela gelten lassen, weil darauf gar nichts ankomme, ob der Pupill nach dem Tode seines Manumissors, sofern keine Manumission oder Emancipation Statt gehabt hätte, in die Gewalt seines Vormundes gefallen wäre, oder nicht. Eben so Thibaut [83]). Andere hingegen, besonders Donellus [84]),

73) *Pr. J. Quib. mod. ius P. P. solvitur.*

74) Not. prior. ad Tit. Inst. de fid. tut.

75) Comm. ad eund. Tit. pag. 118.

76) Ad *Theophili* Paraphras. h. t. Not. i. edit. *Reitz.* pag. 162.

77) Analector. Lib. II. Cap. 17. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. II. pag. 427.)

78) Notae criticae et Commentar. ad Institut. Tit. de fid. tut. n. 6.

79) Comm. ad Institut. h. t.

80) Comm. ad h. Tit. Instit.

81) Ad *Hoppii* Comm. ad Instit. h. t. not. d. pag. 169.

82) Cit. Excurs. ad h. Tit. Inst. §. III. Ord. Institution. pag. 315.

83) Angef. Abhandl. S. 292.

84) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 8. Vol. II. pag. 60. edit. *Koenig.*

Anton Faber [84]), Franz Brous [85]), Emund Merillius [87]), Reinh. Buchov [88]) und Joſ. Fernand. de Retes [89]), haben Juſtinians Erklärung in beyden Fällen zu rechtfertigen geſucht. Sie paſſe, ſagt man, auch auf den Vater, der nach dem Tode des Großvaters über den von demſelben emancipirten Enkel, als ſein Kind, die fiduciariſche Tutel erhält. Denn wäre auch der Enkel nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt ſeines Vaters gefallen, wenn keine Emancipation erfolgt wäre, ſo würde er doch dieſe Gewalt nicht iure successionis, wie der Sohn des Patrons nach dem Tode ſeines Vaters die herrſchaftliche Gewalt über den Freygelaſſenen, wenn er nicht wäre manumittirt worden, erhalten hätte, ſondern proprio patris iure bekommen haben, wenn er auch wäre enterbt worden. Der Unterſchied zwiſchen dem Vater des Enkels und dem Sohne des Patrons ſey alſo ſichtbar, und daher auch kein Wunder, wenn der Vater nach dem Tode des Großvaters nicht in die Tutel deſſelben ſuccedire; da die Gewalt nicht auf ihn übergehe, welche zu dieſer Tutel die Veranlaſſung gegeben hat [90]). Geſetzt aber auch, fügt man hinzu, der von Juſtinian angeführte Grund paſſe nicht auf die fiduciaria tutela patris,

85) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Fr. II. Illat. 4. pag. 746. sq.

86) Exposit. in Justin. Institut. ad h. Tit. §. 6. pag. 139.

87) Comment. ad Instit. h. t. pag. 74.

88) Not. et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Diss. VIII. Th. 3. Lit. G. pag. 426.

89) Opuscul. Lib. I. Cap. 7. §. 9. (*Th. Meerm.* VI. p. 41.)

90) S. Dosellius a. l. §. 9. Vannius c. l. und Baldvinus Comment. ad Instit. h. t.

so müsse man bedenken, daß auch die Röm. Rechtsgelehrten nicht immer auf alle Fälle passende Gründe, besonders bey Sätzen bekannten Rechts, angeführt haben, die deswegen doch nicht verworfen werden dürften [91]). Die meisten [92]) erklären jedoch den wahren Grund des Unterschiedes auf folgende Art. Das Gesetz der XII Tafeln, sagen sie, habe den Patron, so wie desselben Kinder, ausdrücklich zur Erbfolge des Freygelassenen, mithin auch folgsweise zur legitima tutela über denselben berufen. Des emancipirenden Vaters aber gedenken die XII Tafeln so wenig, als seiner Kinder. Man hielt es indessen für billig, dem Vater, exemplo patroni, ein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes einzuräumen [93]). So ließ sich nun also die Tutel des emancipirenden Vaters, wie die des Patrons, ihres Grundes wegen, auf die XII Tafeln zurückführen, und man konnte sie deswegen mit Recht eine legitima tutela nennen. Ein solches Civilerbrecht hatten hingegen die Kinder des emancipirenden Vaters nicht in dem Vermögen des emancipirten Kindes. Der Prätor gab ihnen zwar, als Cognaten, die bonorum possessio. Aber wo keine legitima successio Statt findet, da konnte auch keine legitima tutela eintreten. Denn so wie der Prätor nicht kann heredem facere, wie Justinian sagt [94]), so auch keinen Tutor, weil Beydes tutela und hereditas civilrechtlich ist. Daher

91) S. Vultejus Comm. h. t. *Jan. a* Costa Comm. adcund. Tit. Institut. *de* Retes l. c. §. 9. in fin.

92) S. Wesenbec, *Jan. a* Costa, *Ulr.* Huber, *Ev.* Otto, *Arn.* Vinnius in Comm. ad Institut. h. t. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. n. Thibaut angef. Abhandl. S. 293. u. a.

93) *L.* 1. *pr. D. Si a parente quis manumiss.*

94) §. 2. *J. de Bonor. possess.*

konnte die Tutel, welche nach dem Tode des Emancipirenden auf deſſen großjährige Söhne übergieng, keine legitima ſeyn. Warum hieß ſie denn aber fiduciaria? Auch dieſe Frage wird von den Rechtsgelehrten verſchiedentlich beantwortet. Daß die Benennung von dem Worte fiducia abſtammt, hat keinen Zweifel. Dieß wird nun aber auf dreyerley Art erklärt. Einige [95]) erklären es von dem Vertrauen gegen diejenigen, denen dieſe fiduciaria tutela deferirt wird, wegen der Zuneigung gegen das emancipirte unmündige Kind. Andere [96]) von der fiducia, oder dem Vertrauen, welches bey dieſer Tutel zum Grunde liege, es werde von den Rechten, welche in der Patronatstutel liegen, factiſch kein Gebrauch gemacht werden. Die meiſten [97]) verſtehen jedoch darunter die lex oder das pactum fiduciae, welches nach dem ältern Rechte der Vater bey der Mancipation eines Kindes, das auf ſolche Art Anfangs wirklich verkauft wurde [98]), in der

95) Donellus Comm. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 7. (Vol. II. pag. 59. edit. *Koenig.*) *de* Retes Opuscular. Lib. I. cap. 7. (*Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 43.) *Ant.* Matthaei Comm. ad Instit. h. t. pag. 441. u. a.

96) Ed. Gans Scholien zum Gajus. IV. Schol. S. 198. f.

97) *Gerh.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Exemplo patronorum. (T. II. *Opp.* pag. 547.) *Reinh.* Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. G. pag. 427. *Herm.* Vultejus Comm. ad Instit. h. T. pag. 118. *Matth.* Wesenbec Comm. pag. 202. *Ed.* Otto Comment. ad h. Tit. nr. 3. *Ge. Christ.* Gebauer cit. Excurs. pag. 305. sqq. und Zimmern angef. Abhandl. S. 148. und Geſch. des Röm. Privat. R. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 873.

98) S. den 2. Th. dieſes Commentars. §. 158. und Unterholzner von den Formen der manumiss. p. vindictam und der emancipatio. §. II. (in d. Zeit-

Folge aber gewöhnlich nur zum Schein (dicis causa)[99], mit dem Käufer schloß, wodurch er denselben zur Manumission, oder zur Remancipation verpflichtete. Sollte nämlich ein Sohn emancipirt werden, so konnte dieses nach dem ältern Rechte anders nicht geschehen, als wenn er zuvor in mancipium gegeben, und dann manumittirt worden war. So sagt Ulpian[100]: Liberi parentum potestate liberantur *emancipatione*, id est, si *posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint*. Der Sohn kam dadurch zwar in eine Art von Sklaverey[1]; jedoch nicht ohne Berücksichtigung des ursprünglich freyen Standes der Person, obgleich das Verhältniß immer Nachahmung der potestas domini blieb[2]. Der Käufer ac-

schrift für gesch. Rechtswiss. 2. B. S. 158.) Schweppe Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterth. §. 373. auch Gans Scholien z. Gajus 3. Sch. S. 152. ff.

99) Gajus *Instit. Comm. I.* §. 141. Jedoch hat sich der wahre Verkauf der Kinder, neben der imaginaria mancipatio, auch noch zu Gajus Zeiten erhalten, wie aus mehreren Stellen desselben erhellet. Man sehe *Corn. Jac. van* Assen Adnotatio ad Institution. Gaji commentarios. Lib. I. (*Lugd. Batav.* 1826. 8.) ad §. 132. pag. 91. sq.

100) *Fragm. Tit. X.* §. 1.

1) *Institution. Comm. I.* §. 123. besonders §. 138. wo es heißt: Ji, qui in causa mancipii sunt, *quia servorum loco habentur*, vindicta, censu, testamento manumissi, sui iuris fiunt. S. *van* Assen Adnotatio. ad h. §. 138. pag. 98. sq.

2) Zimmern Geschichte 1. B. 2. Abth. §. 226. Schweppe R. Rechtsgesch. §. 391. und §. 394. S. auch *Ed.* Bocking Commentat. de mancipii causis. (*Berolin.* 1826. 8.) Cap. I. Art. I.

quirirte zwar durch den Sohn, so wie man durch diejenigen erwarb, qui in potestate nostra sunt [3]), aber Sklavendienste konnte er nicht fordern, er durfte ihn auch nicht sklavisch behandeln, weil sonst die Injurienklage gegen ihn Statt fand [4]). Da diese Sklaverey nur als Durchgang zur Freyheit diente, so durfte der Sohn auch nur eine Zeitlang in causa mancipii gelassen werden [5]). Daher geschahe die Mancipation ea lege, ut manumittatur [6]). Denn da eine solche Bedingung auch dem Verkaufe eines Sklaven beygefügt werden konnte [7]); so ist nicht zu glauben, daß es ein Vater der Willkühr des Käufers werde überlassen haben, wie lange er den Sohn in mancipio behalten wollte? Und so mußte denn der Sohn dreymal mancipirt, und dreymal manumittirt werden, wenn er frey werden sollte. An die erste und zweyte Mancipation konnte der Vater nur die Bedingung der Manumission, an die dritte aber die Bedingung der Remancipation knüpfen, so daß zuletzt der Vater selbst manumittirte, und die Patronatrechte gegen den emancipirten Sohn erlangte [8]). Wenn der Sohn nach der ersten und zweyten Mancipation

3) Gajus *Commentar. II.* §. 90.

4) Gajus *Comm. I.* §. 141.

5) Gajus I. §. 141. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno, (oder wie Cramer lieſt *minimo*) momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur. S. *van* Assen Adnotat. ad h. §. pag. 102.

6) S. Zimmern angef. Abhandl. S. 148.

7) *L. 3. D. de servis exportand.* (XVIII. 7.)

8) S. Glück cit. Excurs. pag. 306. sqq. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 225. und §. 233. S. 873. ff.

wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel, welches ipso iure [9]) geschahe, so blieben alle Agnations-Verhältnisse bestehen [10]). Daher fiel das von dem mancipirten Sohne nach dem ersten und zweyten Verkaufe gezeugte Kind in seines Großvaters Gewalt, wenn es auch gleich erst nach der dritten Mancipation war gebohren worden [11]); und das vom Vater in der Zwischenzeit gemachte Testament wurde durch den Rückfall des Sohns in die väterliche Gewalt rumpirt [12]); ja der mancipirte Sohn war ein suus heres, wenn er ex prima secundave mancipatione erst nach dem Tode seines Vaters war manumittirt worden [13]). Wenn aber der Sohn nach der dritten Mancipation dem Vater war remancipirt worden, so kam er nun nicht weiter in die väterliche Gewalt zurück [14]). Hierdurch waren alle Agnations-Verhältniße gelöst [15]), und

9) Gaius *Instit. Comm. I.* §. 132. Theophilus *Paraphr. gr. Lib. I. Tit.* 12. §. 6. S. van Assen Adnotat. ad §. 132. pag. 93. sq.

10) Boethius *Comment. in Topica* Ciceron. cap. 5. Civitatis Romanae iure liberi retinentur in patrum arbitrio, usque dum tertia mancipatione solvantur.

11) Gajus *Comment. I.* §. 135.

12) Gaius *Comm. II.* §. 141. Ulpianus *Fragm. Tit. XXIII.* §. 3. in fin.

13) Gajus *Comm. III.* §. 6. und *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. Tit. XVI.* §. 2. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 792.)

14) S. *Gerl.* Scheltinga Diss. de Emancipationib. P. I. Cap. 3. §. XI. (in Feilenberg *Jurispr. antiq.* Tom. II. pag. 493.)

15) *L.* 3. §. 1. *D. de capite minutis.* Paulus *lib. XI. ad Edictum.* Emancipato filio — capitis minutio mani-

nun erſt, als remancipatus, konnte der Sohn die Freyheit erhalten. Nam liber manumitti non poterat, ſagt Theophilus [16]). Durch die Remancipation, die ſich der Vater bey der dritten Mancipation ausbedungen hatte, erwarb nun derſelbe ſtatt der durch den Verkauf verlornen väterlichen Gewalt, wie Unterholzner [17]) ſagt, ein ius nexi, vermöge deſſen er jetzt den Sohn ſelbſt freylaſſen konnte, welches, wie bey Sklaven, per vindictam geſchahe [18]), wodurch der Vater die damit ver-

feſto accidit, cum emancipari nemo possit, *nisi in imaginariam servilem causam deductus.* Das Teſtament, welches der Vater nach der dritten Mancipation noch vor der Remancipation gemacht hatte, ward daher nicht rumpirt, weil der Sohn nun nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel. S. Schultinga c. l. Eben ſo kam auch das Kind, was von einem zum dritten Male mancipirten Sohne war gezeugt worden, nicht in die Gewalt des Großvaters. Zwar behauptete Labeo, das Kind ſey in dem Mancipium desjenigen, deſſen Gewalt auch der Vater unterworfen ſey. Allein der Gerichtsgebrauch hatte den Grundſatz ſanctionirt, daß das rechtliche Verhältniß des Kindes ſo lange unentſchieden bleiben ſollte, als ſich der Vater in dem Mancipium befindet. Wird er dann manumittirt, ſo ſollte das Kind unter ſeine väterliche Gewalt kommen; ſtirbt er aber während des Manciptums, ſo ſoll es sui iuris werden. S. Gajus I. §. 135. Dem Kinde wurde unterdeſſen ein Vormund geſetzt, wie bey einem ſolchen Kinde üblich war, deſſen Vater ſich in der Captivität befand. S. van Assen ad h. l. pag. 96. sq.

16) Paraphr. gr. Institution. Lib. I. Tit. 12. §. 6.

17) Angef. Abhandl. S. 162.

18) Gajus I. §. 132. Man ſehe hier van Assen Adnotatio ad h. §. pag. 93.

bundenen Patronatrechte erwarb. So war also die lex fiduciae bey der Emancipation der Söhne zweyfach, die der ersten und zweyten Mancipation beygefügte, verpflichtete den Käufer des Sohnes zur Manumission desselben, die der dritten aber zur Remancipation [19]).

19) Livius *Lib XLI. cap.* 8. und Gajus I. §. 140. In der *Epitome Institution.* Gaji *ex Breviar. Alaric.* Lib. I. Tit. 6. §. 3. (in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. p. 201.) heißt es insonderheit: Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumittatur: ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat. Hiermit stimmt auch Justinian §. 8. *J. de legitima agnator. success.* überein, wo er sagt: Ad legitimam successionem vocatur etiam parens, qui *contracta fiducia* filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Gans Scholien zum Gajus S. 173. meint zwar, daß, ohne ein besonderes pactum, schon in dem Scheinverkaufe die fiducia gelegen habe, weil beyde gewußt, daß nur darum mancipirt wird, damit remancipirt werde. Allein Justinian lehrt a. a. O. es sey erst durch seine Constitution (*L. ult. C. de emanc. lib.*) eingeführt worden, *ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri*, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, *nisi* SPECIALITER CONTRACTA FIDUCIA *parens manumisisset.* Man sehe auch *L.* 2. §. 15. *D. ad SCt. Tertull.* und Theophilus *Paraphr. gr. Lib. III. Tit.* 2. §. 8. Vergl. noch *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissor. rescind. Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 292. edit. *Ritter. Franc. Car.* Conradi de pacto fiduciae Exercit. I. §. 4 et 5. und *J. G. H.* Staas Diss. de contractu fiduciae ex veteris iuris Rom. principiis. *Leodii* 1824. 4.

Die Lex fiduciae hinderte auch, daß ſich der Mancipirte nicht ſelbſt die Freyheit durch Census verſchaffen konnte, wie ſonſt denjenigen, qui in mancipio sunt, auch wider den Willen des Gewalt-Inhabers freyſtand. Nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit, wie Gajus [20]) ſagt. Nur bey den Söhnen war jedoch dieſe dreymalige Mancipation nöthig, wenn ſie sui iuris werden ſollten. Die übrigen Kinder, mochten ſie männlichen oder weiblichen Geſchlechts ſeyn, gingen ſchon durch eine einmalige Mancipation aus der väterlichen Gewalt. Der Grund war, wie uns Gajus [21]) ſagt, weil das Geſetz der zwölf Tafeln nur bey dem Sohne von drey Mancipationen ſpricht in den Worten: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* [22]). Die Römiſchen Rechtsgelehrten glaubten daher, daß bey den Töchtern und Enkeln durch einmalige Mancipation und Manumiſſion der feyerlichen Rechtsform ein Genüge geſchehe [23]). Denn ohne alle Mancipation ſie aus der väterlichen Gewalt zu entlaſſen, erlaubte freylich die Strenge des Rechts nicht. Bey dieſer einmaligen Mancipation galt nun eben das, was bey der zum dritten Male geſchehenen Mancipation der Söhne Rechtens war. Daher wurde das nach der Mancipation einer Tochter, oder eines Enkels gemachte

20) *Commentar.* I. §. 140.

21) *Comm. I.* §. 132.

22) Ulpianus *Fragm. Tit. X.* §. 1. Vid. Ant. Schulting ad Eund. not. 5. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 592.)

23) S. *Franc.* Connanus Commentarior. iur. civ. Lib. II. cap. 13. n. 4. Conradi de pacto fiduciae. Ex. I. §. 4.

Testament des Vaters nicht rumpirt [24]). Denn bey der einmaligen Mancipation, welche hier immer unter der Bedingung der Remancipation geschahe, war ein Rückfall in die väterliche Gewalt nicht denkbar [25]).

Wie nun aber, wenn derjenige, dem das Kind war mancipirt worden, der Verpflichtung nicht entsprach, welche ihm die lex fiduciae auflegte, d. h. nicht manumittirte oder remancipirte? Dann konnte gegen ihn ex fiducia geklagt werden. Papinian [26]) gedenkt dieses *iudicii fiduciae* bey Gelegenheit der noxae datio eines hominis liberi ausdrücklich. Zwar fand gerade in diesem Falle dieses iudicium nicht Statt; allein deswegen läßt sich die Annahme eines pacti fiduciae bey den Emancipationen der Kinder nicht bestreiten. Denn hatte der Vater den Sohn, in Folge einer Noxalklage, zum Ersatz des von demselben wegen eines begangenen Delicts verursachten Schadens in das mancipium gegeben; so mußte der Herr den filiusfamilias manumittiren, sobald der Schaden

24) *L.* 8. §. 1. *D. de iniusto, rupto, et irr. testam.* Ulpianus *Lib. XI. ad Sabinum.* Filia cum emancipatur, vel nepos, *quia una mancipatione exeunt de potestate*, testamentum non rumpunt.

25) S. *Ant.* Schulting ad Ulpian. Tit. XXIII. §. 3. not. 7. (in *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 646.)

26) *Mosaicar. et Romanar. Legum Collat. Tit. II.* §. 3. Papinian sagt hier in einer aus desselben *libro Definitionum secundo*, sub titulo *de iudicatis* genommenen Stelle: Per hominem liberum noxiae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: *sed fiduciae iudicio non tenetur.* (In *Jur. civ. Antejust.* von Hugo Tom. II. pag. 1425.)

von demselben ersetzt war [27]). Dann konnte er selbst beym Prätor um seine Entlassung bitten. Eher konnte er wider den Willen desjenigen, cuius in mancipio erat, auch nicht einmal durch Census die Freyheit erlangen. Denn der Kläger hatte hier den Sohn statt einer Entschädigung in Gelde (pro pecunia) erhalten [28]). Da jedoch die Haussöhne in eben der Form noxae gegeben wurden, und in dasselbe Verhältniß kamen, wie bey der freywilligen Mancipation [29]), so entsteht die Frage, ob der ex noxali causa mancipirte filiusfamilias, nachdem ihn der Herr manumittirt hatte, in die Gewalt seines Vaters zurückgefallen, und also bey dieser erzwungenen Mancipation eben so, wie bey der freywilligen Emancipation der Haussöhne, eine dreymalige Wiederholung nöthig gewesen sey, um der väterlichen Gewalt auf immer ein Ende zu machen, oder ob hier die Mancipation ex noxali causa, und die darauf erfolgte Manumission schon hinreichend gewesen, um auch in Ansehung des Vaters sui iuris zu werden? Diese Frage war, wie Gajus [30]) lehrt, unter den Secten

27) S. Gans Scholien zum Gajus. 3. Schol. S. 155.

28) Gajus *Institut. Commentar. I.* §. 140. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater *ex noxali causa* mancipio dedit: velut qui furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit: *nam hunc actor pro pecunia habet.* Man sehe auch §. 141. *in fin.* Vergl. Zimmern Gesch. des R. Priv. R. 1. B. §. 191. S. 702. und Not. 24.

29) Gajus *Comm. I.* §. 140. *et* 141. *Comm. IV.* §. 79. S. Zimmern a. a. O. S. 701.

30) *Comm. IV.* §. 79. Cum autem filius familias *ex noxali causa* mancipio datur, diversae scholae auctores

ſtreitig. Die Sabinianer erklärten die einmalige Mancipation hier für hinreichend, während die Proculianer auch bey der noxae deditio eines Hausſohnes deſſen dreymalige Mancipation verlangten. Jene behaupteten nämlich, das Geſetz der zwölf Tafeln von der trina venditio filiorum familias ſey nur von einer mancipatio voluntaria zu verſtehen, welche die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Emancipation zum Zweck habe. Die Proculianer hingegen, welche zu der von der Gegenparthey gemachten Unterſcheidung in der ratio jenes Geſetzes keinen hinreichenden Anlaß fanden, erklärten ſich für die wörtliche Anwendung des Princips der Decemviren [31]). Allein jene Meinung ſcheint in der Praxis mehr Beyfall gefunden zu haben. Denn nun läßt ſich daraus erklären, warum bey der noxae datio eines hominis liberi nach Paulus kein fiduciae iudicium Statt fand, nämlich weil der Herr ſich hier nicht ſo, wie bey der Emancipation, durch fiducia beſchränken zu laſſen brauchte, folglich auch den filiusfamilias, den er ex causa noxali in Mancipium erhalten hatte, zu remancipiren nicht verpflichtet war [32]).

putant, ter eum mancipio dari debere, quia *lege XII. tabularum* cautum sit, (*ne aliter filius de potestate patris*) exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, tres enim *lege XII. tabularum* ad voluntarias mancipationes pertinere.

31) S. Dirkſen über die Schulen der römiſchen Juriſten. Kap. I. §. 1. §. XIII. (in den Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. S. 89 f.)

32) S. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 737. sq. Not. 12. Schulting behauptet zwar dennoch, der fi-

Von dem pacto fiduciae, wodurch die Emancipation vorbereitet wurde, hätte alſo wohl die Tutel des Vaters über das emancipirte unmündige Kind *fiduciaria* genennt werden können, wie auch wirklich mehrere [33]) behaupten. Allein daß dieſes doch nicht ſo ſey, auch wohl jetzt Niemand mehr aus der oben angeführten Stelle Ulpians [34]) zu erweiſen ſich wird beygehen laſſen, nachdem uns die wiedergefundenen Inſtitutionen des Gajus eines Andern belehrt haben, iſt bereits oben [35]) gezeigt worden.

liusfamilias ſey nach der erſten Mancipation an den Vater zurückgefallen, wenn gleich kein fiduciae iudicium Statt gefunden habe. Allein hätte es feſt geſtanden, daß remancipirt werden müſſen, ſo hätte keine Streitfrage darüber entſtehen können, ob eine dreymalige Mancipation nöthig ſey, wenn ein homo liber ex causa noxali war mancipirt worden. S. Gans Scholien zum Gajus. S. 157. Die ganz richtige Erklärung der Stelle des Paulus hat *Jo.* Cannegieter ad Collat. LL. Mos. et Rom. c. l. (adj. Ejusdem *Nott. ad Domitii Ulpiani fragmenta.* Lugd. Batav. 1774. 4. pag. 189.) Man ſehe auch Zimmern S. 792. Not. 24.

33) S. Cujacius ad Ulp. fragm. Tit. XI. §. 5. (in Schultzing *Jurispr. Antejust.* pag. 595. Not. 15.) Gebauer cit. Excurs. pag. 317. sq. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 182. Not. 1.

34) *Fragm. Tit. XI.* §. 5.

35) S. 356. ff. Dagegen kann Theophilus *Paraphr.* gr. Lib. I. Tit. 23. Pr. nicht zum Beweiſe dienen, wenn es daſelbſt bey Reitz Tom. I. pag. 177. heißt: Quum ergo diximus de tutoribus, et quot sunt tutelae: sunt autem hae, testamentaria, agnatorum sive legitima, patronorum, (*hac vero* fiduciaria *etiam patrum emancipantium tutela continetur*) etc. Denn Reitz hat in den Addend. et Corrigend. Tom. I. pag. LXIX. den

Man legte dieſen Namen der Tutel bey, welche, nach dem Tode des patris manumissoris, deſſelben großjährige Söhne über das emancipirte unmündige Kind fortſetzten. Von dieſer läßt ſich alſo kein anderer Urſprung der Benennung annehmen, als der von dem pactum fiduciae abgeleitet wird, welches, wie andere Verträge, auf die Erben übergieng [36]). Warum man aber dieſe Tutel nicht eben ſo, wie die des patris manumissoris, eine legitima nannte, iſt oben ſchon bemerkt worden.

§. 1316. c.

Alterius generis fiduciarii tutores nach Ulpian und Gajus.

So weit geht die Lehre der Inſtitutionen und des Theophilus von der fiduciaria tutela. Noch weiter gehen Ulpian und Gajus. Aus Ulpian [37]) ler-

Irrthum, der hier in der Abtheilung begangen worden, verbeſſert. Denn wenn es daſelbſt heißt (ταύτη δὲ περιέχεται καὶ ἡ τῶν ἐλευθερωσάντων πατέρων ἐπιτροπὴ φιδουκαρία) ſo muß das Wort φιδουκαρία von der Parentheſe getrennt, und die Stelle ſo überſetzt werden: (*hac vero patrum quoque emancipantium tutela continetur*) *fiduciaria et Atiliana.* Die unrichtige Lesart haben jedoch, dieſer von Reitz ſelbſt gemachten Verbeſſerung ungeachtet, *Jo. Rudolph.* Iselius in ſeiner neuen Ausgabe von *Ev.* Otthonis Commentar. ad Institut. mit Beyfügung der lateiniſchen Ueberſetzung der Paraphraſe des Theophilus von Reitz (*Basiliae* 1760. 4.) pag. 109. und Carl Wüſtemann in ſeiner deutſchen Ueberſetzung der Paraphraſe (Berlin 1823. 8.) 1. B. S. 187. beybehalten.

36) *L.* 9. *D. de probat. L.* 2. *C. de pactis inter Emtor. et Venditor. compos.* (IV. 54.) S. Wesenbec Commentar. ad Institut. h. t. pag. 202.

37) *Fragm. Tit. XI.* §. 5. (in Iur. civ. Antejust. von Hugo Tom. I. pag. 35.)

nur wir, daß auch derjenige, der ein ihm vom Vater oder vom *Coemptionator* mancipirtes liberum caput, manumittirt hat, deſſelben Vormund geworden, und *fiduciarius tutor* genennt worden ſey. Er ſagt:

Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor* appellatur.

Eben dieſes ſagt Gajus in einer zwar lückenhaften, aber offenbar von der *fiduciaria tutela* ſprechenden Stelle [38]). Sie lautet in der zweyten Ausgabe (Berlin 1824.) folgendermaſſen.

Exemplo patronorum — — — — — sunt — — — fiduciariae — — — — quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis, vel a parente, vel a coemptionatore, manumiserimus.

Allein Gajus [39]) giebt uns noch auſſerdem über die fiduciaria tutela neue vorher völlig unbekannt geweſene Aufſchlüſſe. Er erzählt uns nämlich, daß auch der Vormund, den eine Frauensperſon, ſtatt ihres bisherigen legitimus tutor, zu haben wünſchte, und durch coemtio cum extraneo, wodurch ſie in deſſelben manus kam, erhalten konnte, eben ſo, wie jeder manumissor liberi capitis, fiduciarius tutor ſey genennt worden. Durch eine *Coemptio*, ſagt Gajus, kommen Frauensperſonen in die manus eines Andern. Dieſe Handlung geſchieht

38) *Commentar. I.* §. 166.

39) *Comm. I.* §. 113. 114. 115. S. den 28. Th. §. 1298. S. 452. und von Bruckdorff Inſtitutionen-Commentare des Gajus. 1. B. S. 423. ff.

vermittelst der Mancipation, d. h. vermittelst eines Verkaufs, der nur sinnbildlich und zum Schein, unter Zuziehung von nicht wenigern als fünf Zeugen, welche mannbare römische Bürger seyn mußten, und eines Libripens, deren Gegenwart, ausser der Frauensperson, und dem Manne, in dessen manus sie kam, dabey erforderlich war, verrichtet wurde. Eine solche Coemption konnte nun eine Frauensperson nicht nur mit ihrem künftigen Ehemanne, sondern auch mit einem Fremden eingehen. Jene wurde *coemptio matrimonii causa*, diese *coemptio fiduciae causa* genennt. Wenn nämlich eine Frau mit ihrem Ehemanne eine Coemption eingieng, in der Absicht, ut apud eum filiae loco sit, so sagte man, sie habe die Coemption der Ehe wegen vollzogen. Hatte sie hingegen aus einer andern Ursache, z. B. um der bisherigen Tutel entlediget zu werden, mit einem Fremden eine Coemption eingegangen, so hieß es, sie habe dieselbe *fiduciae causa* vorgenommen. Die letzte Art der Coemption gehört nur eigentlich hierher, mit welcher es, wie Gajus uns weiter darüber belehrt, folgende Bewandtniß hatte. Wenn eine Frauensperson ihren bisherigen Tutor gern los werden wollte, so konnte sie, um einen andern Vormund, den sie wünschte, zu erhalten, unter jenes Auctorität eine solche coemptio fiduciaria cum extraneo eingehen, wodurch sie vermittelst der Mancipation in dessen manus kam. Dieser Fremde, welcher über eine Frauensperson, jedoch nicht als Ehemann, die manus hatte, erhielt den technischen Namen *coemptionator* 40). Ward sie nun von die-

40) So unterschied sich der Coemptionator von dem, der durch die Coemptio Ehemann geworden, in dessen manus die Frau als Tochter anzusehen war. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 366. §. 20. der

ſem in Folge ihrer der Mancipation hinzugefügten lex fiduciae einem andern von ihr ſelbſt gewählten Manne remancipirt, d. h. weiter verkauft [41]), und von demſelben endlich vindicta manumittirt; ſo ward dieſer ihr Manumiſſor nach der Analogie des Patronatverhältniſſes ihr Tutor, und dieſer *fiduciarius* genennt.

Noch eine Stelle des Gajus iſt hier beſonders merkwürdig. Er ſagt nämlich *Commentar. I.* §. 195.

Potest autem pluribus modis libertina *alterius generis tutorem* habere: (sc. quam patronum) veluti si a femina manumissa sit: tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem etc. — Sed et cum *a masculo* manumissa fuerit, et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est: qui *fiduciarius* dicitur.

Es war alſo nicht der coemptionator ſelbſt, welcher die in ſeine manus gekommene Frauensperſon manumittirte, ſondern ſie mußte erſt in den Sklavenzuſtand, in causam imaginariae servitutis, oder mancipii

8. Aufl. Zimmern Geſch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 140. S. 312.

41) Gajus *Comm. II.* §. 115. ſagt: a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa, incipit eam habere tutorem, a quo manumissa est, qui *tutor fiduciarius* dicitur. Den Ausdruck *remancipata* erklärt Festus h. v. pag. m. 85. (1583. 8.) Remancipatam *Gallus Aelius* esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit. S. *Christ. Gottl.* Haubold Diss. de C. Aelio Gallo ICto, eiusque fragmentis. *Lipsiae* 1823. 8. §. XVII.

kommen, um manumittirt werden zu können. Zu dem Zweck wurde sie von dem coemptionator remancipirt. Die manus des coemptionator konnte also eben so, wie die patria potestas, nur auf diesem Umwege aufgehoben werden. Denn derjenige, welcher ein Kind vom Vater kaufte und manumittirte, stand völlig gleich mit demjenigen, der dem Coemptionater die in seine manus gekommene Frau abkaufte, und freyließ. Und von der auch hier der Mancipation hinzugefügten lex fiduciae hieß der Manumissor *fiduciarius tutor*, wenn gleich auch der extraneus manumissor liberi hominis ein Civilerbrecht hatte [42]).

§. 1316. d.

Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela nach Gajus.

Nur hauptsächlich bey der Weiber-Tutel war jedoch der Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela, wie uns Gajus belehrt, von einiger Bedeutung. Der fiduciarius tutor hatte 1) nicht das Recht die Tutel zu cediren, weil er sich selbst dieser Last unterzogen. Diese Meinung hatte man wenigstens angenommen. Denn daß dieses eine Streitfrage gewesen sey, lernen wir aus Gajus [43]). Die legitima tutela hingegen, welche, seitdem der Agnaten gesetzliche Tutel über die Frauen schon

42) *Mosaic. et Romanar. LL. Collat. Tit. XVI.* sub fin. Gajus *Epitom. Institut. Lib. I. Tit.* 6. §. 3. S. Zimmern Abhandl. in den Röm. rechtl. Untersuchungen. S. 148.

43) *Commentar. I.* §. 172. Sed *fiduciarios* quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, *cum ipsi se oneri subiecerint.* Quod etsi placeat etc.

K. Claudius aufgehoben hatte, ohnehin nur noch die der Patronen und ihrer Kinder, so wie die nach dem Beyspiel derselben eingeführten Tutel der Väter als legitima geblieben war [44]), konnte in iure cedirt werden [45]). Sonst war zwar auch, wie Gajus [46]) referirt, den Agnaten, als legitimi tutores, so gut, wie den Manumissoren, erlaubt, die Tutel über Frauenspersonen zu cediren, von einer solchen cessitia tutela konnte aber freylich nicht mehr die Rede seyn, nachdem die Agnaten-Tutel über Frauenspersonen durch die lex Claudia war aufgehoben worden [47]). Hiermit fiel denn nun auch die Nothwendigkeit einer coemptio fiduciaria weg, zu welcher sonst Frauenspersonen ihre Zuflucht nehmen mußten, um der Agnaten-Tutel auszuweichen [48]).

Ein anderer Unterschied bestand darin, daß der legitime Tutor, nämlich der Patron, und der parens manumissor, nicht genöthiget werden konnte, seine zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderliche Auctorität zu interponiren, wäh-

44) S. Zimmern Gesch. 1. B. §. 233. S. 875. a. E.

45) Gajus *Comment. I.* §. 172. In parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et *legitimus tutor* habeatur, et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est. S. auch §. 175. und Gans Scholien S. 192.

46) *Comm. I.* §. 168. S. auch §. 157.

47) Gaius *Comm. I.* §. 171.

48) S. *Corn. Jac. van* Assen Adnotat. ad Institution. Gaji Commentar. ad §. 157. pag. 108. und von Brockdorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 115. Not. 11. S. 478.

rend der fiduciarius tutor auch wider seinen Willen auctor zu werden, vom Prätor gezwungen werden konnte [49]). Denn da Frauenspersonen von reifen Alter ihre Angelegenheiten selbst besorgten, so übte der Vormund nur in gewissen Fällen seine Auctorität blos zum Schein (dicis gratia) aus [50]). Hierin bestand noch zur Zeit des Gajus der einzige Vortheil, den die legitima tutela gewährte, daß der Patron, so wie der Vater der Freygelassenen oder der Emancipirten, deren legitimus tutor er war, wenn sie ein Testament machen, oder res mancipi veräussern, oder Obligationen eingehen wollten, seine Auctorität versagen konnte, ausgenommen, wenn eine dringende Veranlassung zur Veräusserung einer res mancipi, oder zur Eingehung einer Obligation eintreten sollte. Alles dieses war um der Vormünder selbst willen verordnet. Denn da dem Patron der Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Liberta, so wie dem Vater der Nachlaß der emancipirten Tochter oder Enkelin gebührte; so sorgten sie auch als legitimi tutores dafür, daß sie weder durch Testament von dieser Erbschaft ausgeschlossen, noch auch der Nachlaß durch Veräusserung der kostbareren Sachen, und Contrahirung von Schulden vermindert werden möchte [51]).

49) Gajus Comm. I. §. 190.

50) Gajus *Comm. I.* §. 190. Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 27. S. *van* Assen Adnotat. ad Lib. I. Comment. Gaji. §. 192. pag. 121.

51) Gajus *Comm. I.* §. 292. *et III.* §. 43. Cicero *pro Flacco cap. 34. et* 35. *Pro Caecinna. Cap.* 25. *Topic. Cap. 4. et* 5. S. von Brodorff Institutionen-Commentare des Gajus. 1. B. S. 633.

§. 1316. e.

Ueberſicht der legitimen Tutoren vor Juſtinian, beſonders nach den Berichten von Gajus und Ulpian.

Wenn wir alles bisher Geſagte, was bey Gajus und Ulpian von der legitima und fiduciaria tutela vorkommt, zuſammenfaſſen; ſo waren nun die eigentlichen legitimi tutores die Agnaten, die Patronen, die Söhne derſelben, und der emancipirende Vater. Dieſe ſind es, deren Tutel vor Juſtinian eine *legitima* genennt wurde. Die Tutel der Gentilen war ſchon zu Gajus Zeiten mit dem ius gentilitium verſchwunden. Der Name *fiduciarius tutor* hingegen wurde demjenigen beygelegt, der dem Vater ſein Hauskind, ſo wie demjenigen, welcher dem coemtionator die in ſeine manus gekommene Frauensperſon abkaufte, und manumittirte, beſonders dem großjährigen Sohne des emancipirenden Vaters, der nach dem Tode deſſelben die Tutel über das emancipirte unmündige Kind fortſetzte. So hieß endlich jeder Manumiſſor eines liberi hominis aus dem mancipium, alſo nicht minder der, welcher ein caput liberum *ex causa noxali* in mancipio hatte [52]). Die beyden erſten Arten der fiduciaria tutela verſchwanden jedoch mit dem Aufhören des Verkaufs freyer Menſchen [53]). Die Emancipation

52) S. Gans Scholien zum Gajus. S. 197.

53) Der wahre Verkauf der Kinder war ſchon zur Zeit des Paulus dem Vater nur im Falle der höchſten Noth, um der Alimenten willen, geſtattet, wie aus deſſelben *Sentent. Recept. Lib. V. Tit.* 1. §. 1. erhellet. Man vergleiche damit *L.* 34. § 2. *D. de contr. emt. et vend.* *L. ult. D. Quae res pign.* u. *L.* 39. §. 3. *D. de evict.* Kr. Caracalla erklärte zwar in der *L.* 1. *C. de lib. causa* (VII. 16.) den Verkauf der Kinder für eine res illicita

geschahe zwar schon zu Gajus [54]) Zeiten gewöhnlich durch eine imaginaria venditio, und konnte daher selbst bey Söhnen an einem Tage und in einem Act vollzogen werden; es konnten aber auch bey den singulae mancipationes und manumissiones Zwischen-Zeiten Statt finden [55]). Der Vater brauchte auch den Sohn nicht immer demselben Manne zu mancipiren, die Mancipation konnte eben so gut an einen Andern geschehen; jedoch war das Erste gewöhnlicher [56]), so wie denn nicht minder die einzelnen Mancipationen der Söhne auch vor verschiedenen Zeugen geschehen konnten [57]).

Seit Anastasius war auch schon die fiduciaria tutela der Söhne des emancipirenden Vaters zur legitima geworden [58]), und nachdem Justinian die alte Emanci-

et inhonesta, und zur Zeit des K. Diocletian war die völlige Unzulässigkeit desselben manifestissimi iuris, wie es in der *L. 1. C. de patribus, qui filios suos distraxerunt* (IV. 43.) heißt. Allein daß jene Ausnahme dadurch aufgehoben sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten. S. *Corn. van* Bynkershoek *Opusc. de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud vet. Rom.* Cap. 6. (in *Opuscul.* pag. 186.) Der K. Constantin der Große bestätigte sie *L. 2. C. eodem.* von neuen. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 135. S. 246. und Zimmern Gesch. des R. Pr. Rechts. 1. B. §. 182.

54) *Commentar. I.* §. 141.

55) Paulus *Sententt. Recepta. Lib. II. Tit.* 25. §. 2. Gajus *Comm. II.* §. 141. *et III.* §. 6.

56) Gajus *Comm. I.* §. 132.

57) Paulus *Sent. Recept.* Lib. II. Tit. 25. §. 2.

58) *L. 4. C. de legit. tut. L. 5. C. de curat. fur.*

pation völlig aufgehoben hatte [59]), fiel der extraneus manumissor ganz weg [60]).

§. 1316. f.

II. Neueres oder Justinianeisches Recht. 1) In Ansehung der legitima impuberum tutela. 2) In Ansehung der übrigen Arten.

Nachdem schon vor Justinian 1) die *legitima impuberum tutela* einen größern Umfang dadurch erhalten hatte, daß das Recht der Erbfolge nach und nach auf einzelne Cognaten durch leges novas war übertragen, ja gegen die Regel des Rechts sogar der Mutter und Großmutter die Uebernehmung der Tutel über ihre unmündigen Kinder und Enkel war gestattet worden (§. 1315. b.), so hob endlich Justinian den Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten, so wie in Ansehung der Intestat-Erbfolge, eben so auch hinsichtlich der legitima tutela auf [61]). In dem Grade und in der Ordnung, wie jeder Verwandter ab intestato succedirt, soll er nun auch die Vormundschaft übernehmen, ohne Unterschied, er sey ein Agnat oder Cognat, wenn er nur männlichen Geschlechts, und großjährig ist. Nur ausnahmsweise soll es auch der Mutter und Großmutter erlaubt seyn, die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zu führen, wenn sie vor Gericht der zweyten Ehe, und der Wohlthat des Vellejanischen Senatus-Consultums entsagt. Hat sie dieses beobachtet, so soll sie vor allen Seitenverwandten, sie mögen Agnaten

59) *L. vlt. Cod. de emancipat. lib.* (VIII. 49.) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 159. S. 411. ff. und Zimmern Gesch. 1. B. 2. Abth. §. 225.

60) S. Zimmern Gesch. §. 233. S. 876.

61) *Nov. CXVIII. Cap. 4. et 5.*

oder Cognaten seyn, zur Tutel gelassen werden, und nur die testamentarischen Tutoren sollen ihr vorgehen [62]).

2) In Ansehung der Tutel der Patronen hat Justinian nichts geändert [63]). Die Ordnung ist hier die nämliche, welche Justinian bey der patronatischen Erbfolge bestimmt hat [64]).

3) Soviel endlich die *legitima parentum tutela*, und die *fiduciaria* anlangt; so fällt nun, nachdem Justinian den Unterschied zwischen den Kindern, die sui iuris, und denen die sub potestate sind, aufgehoben, und die emancipirten Kinder in Ansehung der Intestaterbfolge den suis gleichgesetzt hat [65]), der alte Grund des Patronatrechts weg. Da also nach dem justinianeischem Recht die gesetzliche Tutel, bey den Personen freier Geburt, mit der Intestaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft ist, so fallen diese Arten der ältern gesetzlichen Tutel jetzt weg, und es bleibt bloß die gesetzliche Tutel der nächsten, als Blutsverwandten succedirenden Intestaterben, übrig [66]). Nur darin zeigt sich noch eine Spur von dem

62) S. §. 1300. S. 56. ff. wo gezeigt worden ist, in welchem Verhältniß die Mutter zu den übrigen Ascendenten steht.

63) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 14. (Vol. II. pag. 63. edit. *Koenig.*)

64) S. Unterholzner über das patronatische Erbrecht in d. Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft 5. Band S. 110 ff.

65) *Nov. CXVIII. Cap.* 1.

66) S. Donellus c. l. §. 15. pag. 64. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 195. und §. 196. a. E. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 505. Bucher Syst. der Pandect. §. 102. Not. 3. von

Gebrauche der tutela parentum, daß der emancipirende Vater die Brüder des emancipirten Kindes ausschließt, wenn gleich nach der Novelle 118 beyde ein gleiches Intestaterbrecht haben [67]). Hat jedoch der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirt, dessen Vater noch in der väterlichen Gewalt ist, so wird in Folge der *Nov. CXVIII. Cap.* 1. der Großvater nicht der gesetzliche Erbe von dem emancipirten Enkel seyn, sondern der Vater. Dieser wird daher auch, und nicht der Großvater, desselben gesetzlicher Vormund seyn, so wie auch nach dem Tode des Großvaters bleiben [68]). Nach dem neuern Rechte kann nun auch die legitima tutela nicht mehr durch eine capitis deminutio minima erlöschen [69]). Diese Grundsätze des neuern Röm. Rechts gelten auch in Deutschland [70]).

§. 1316. g.

Heutiger Begriff der gesetzlichen Tutel, und deren Grund.

Da also heutiges Tages die Tutel der Patronen, und die nach dem Beyspiel derselben eingeführten übrigen Arten der legitimen Tutel wegfallen; so wird jetzt eine gesetz-

Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 137.

67) S. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XII. S. 296. ff. von Wening-Ingenheim a. a. O. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 318.

68) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 15. (Vol. II. pag. 64. edit. *Haenig.*)

69) Donellus c. l. §. 15.

70) S. Walch Diss. de tutela extraneorum legitima. Sect. II. und Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 624. S. 145. ff.

liche Vormundschaft diejenige genennt, welche den nächsten Blutsverwandten, sofern sie zur Uebernehmung derselben fähig sind, als nächsten Inteſtaterben des Pupillen, nach der Ordnung der Erbfolge gebührt, so daß wenn deren mehrere von gleichem Grade vorhanden sind, die Verwaltung derselben, mit gemeinschaftlicher Uebereinkunft, und Zustimmung der competenten Obrigkeit einem, oder mehreren, soviel zur Verwaltung genügen, auf Gefahr aller, übertragen wird [71]). Sie ist also mit der Inteſtaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft, und gründet sich zwar auch noch jetzt auf das in dem Röm. Rechte angenommene Princip, es sey billig, daß derjenige die Tutel über den Pupillen führe, welcher das nächste Recht und Hoffnung zur künftigen Erbfolge hat [72]), zumal da man zu diesem das Vertrauen haben kann, er werde, um seines eigenen Vortheils willen, dafür sorgen, daß das Vermögen wohl verwaltet, und nicht vermindert werde [73]); sie muß aber doch von der Obrigkeit bestätiget werden [74]).

71) *Nov. CXVIII. Cap.* 1. S. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 20. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 637. Mittermaier Grundſ. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 367.

72) Ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet. §. *un. J. de legit. patron. tut.*

73) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

74) Reichspolicey-Ordn. vom J. 1577. *Tit. XXXII.* §. 2. S. §. 1312. S. 307. f.

Lib. XXVI. Tit. V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui, et in quibus causis specialiter dari possunt.

§. 1317.

Wenn, und von welcher Obrigkeit werden Tutoren bestellt? Tutores dativi *ex lege Atilia* und *ex lege Julia et Titia.*

In Ermangelung eines andern Tutors bestellt die competente Obrigkeit einen Vormund. Eine solche Tutel wird *dativa* genennt, und darunter diejenige verstanden, welche entweder bey gänzlich ermangelnder, oder behinderter testamentarischer oder legitimen Tutel von einer dazu autorisirten Obrigkeit bestellt wird.

Bey den Römern war nämlich nicht jede Obrigkeit zur Bestellung der Tutoren berechtiget. Denn die tutoris datio war kein Theil der Jurisdiction noch des Imperiums, d. h. derjenigen Gewalt, welche einem jeden Magistrate von Amtswegen zustand, sondern nur gewisse Staatsbeamten waren vermöge besonderer Gesetze befugt, Tutoren zu ernennen. Daher sagt Ulpian *libro trige-*

simo octavo ad Sabinum [75]). Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Diese datio tutoris wird von Papinian [76]) unter die actus legitimos gezählt, welche keine Zeitbestimmung, noch Beyfügung einer Bedingung zuließen. Allein eine legis actio war sie nicht, wenn diese gleich mit jenen dieselbe Eigenschaft hatte [77]). Denn diese Benennung kam nur solchen Rechtsgeschäften zu, welche zwar an sich nicht streitig sind, (actus voluntariae iurisdictionis) aber doch vor einer dazu autorisirten Magistratsperson, wenn gleich nicht nothwendig pro tribunali [78]), mittelst der Formel einer cessio in iure, als Symbol der alten Feyerlichkeit im Proceß, verrichtet wurden, wie z. B. die emancipatio, adoptio, tutela cessitia, und manumissio [79]); so wie denn auch die obrigkeitliche Concurrenz selbst bey solchen Handlungen, die mit

75) *L.* 6. §. 2. *D. de tutelis.* Man sehe über diese Stelle *Jo. Ortw.* Westenberg Div. Marcus. Diss. XI. §. 3. (*Opp. a Jungio* editor. Tom. III. pag. 124.) und *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani fragmenta. Tit. XI. §. 14. pag. 60.

76) *L.* 77. *D. de Reg. iuris.* Man verbinde damit die *L.* 6 §. 1. *D. de tutelis.* S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 425.

77) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts. S. 217. Not. 1. der 8. Aufl.

78) *L.* 7. *D. de manumiss. vind.* (XL. 2.)

79) Gajus *Comment. II.* §. 24. S. vorzüglich *Ever.* Dupont Disquisitiones in Commentar. IV. Institution. Gaji. (*Lugd. Batavor.* 1822. 8.) Cap. I. §. 2. pag. 10 — 13.

dem Symbol der alten legis actiones in Streitſachen verſehen waren, legis actio genennt wurde [80]), z. B. wenn geſagt wird, ein magistratus habe legis actio [81]).

Zu den Obrigkeiten, welche durch beſondere Geſetze zur Beſtellung der Vormünder autoriſirt waren, gehörte

I. in der Stadt Rom der Praetor urbanus. Dieſer hatte durch die *Lex Atilia* die Befugniß erhalten, mit Zuſtimmung der Mehrheit der Volkstribunen den Pupillen und Frauensperſonen Tutoren zu geben, die weder einen tutor testamentarius noch legitimus hätten. Schon vor der Lex Atilia finden ſich zwar Beyſpiele von obrigkeitlicher Ernennung der Vormünder für Pupillen und Frauensperſonen. Denn gewiß älter, als jener Volksſchluß, iſt der praetorius tutor, welcher in dem Falle, da der eigentliche Vormund mit ſeinem Mündel, oder mit der Frauensperſon, die ſeine Pflegbefohlne war, in einen Proceß verwickelt wurde, weil er in eigner Sache nicht auctor werden konnte, vom Praetor urbanus gegeben wurde, von dem er auch, wie Gajus [82]) ſagt, ſeinen Namen erhielt. Ulpian [83]) leitet ſeine Entſtehung aus den moribus her, worauf auch wohl das Wort olim bey Gajus hindeutet.

80) S. Schweppe Röm. Rechtsgeſch. §. 176. S. 271. f.

81) Paulus *Sentent. Recept. Lib. II. Tit.* 25. §. 4. *L.* 4. *D. de adopt. L.* 1. *D. de offic. iurid. Alexand.*

82) *Commentar. I.* §. 184. Olim, cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat: nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non potest, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: qui dicebatur *praetorius tutor*, quia a Praetore urbano dabatur.

83) *Fragm. Tit. XI.* §. 24.

Schon dieſes zeugt von dem hohen Alter dieſes auſſerordentlichen Tutors, ja der Name ſelbſt bietet noch einen beſonders wichtigen Beweis dafür dar. Denn wozu dieſer beſondere Name, wenn man nicht annimmt, er ſey damals der einzige Tutor geweſen, der vom Prätor ernannt worden [84])? Dieſer erſten und gewiß älteſten aller auſſerordentlichen Tutelen folgten aber bald mehrere andere nach, die durch, jedoch namenloſe, Senatusconſulte conſtituirt wurden, deren es gewiß nicht bedurft hätte, wenn ſchon damals die Lex Atilia vorhanden geweſen wäre. Das eine Senatusconſultum erlaubte den Frauen, ſich an die Stelle ihres abweſenden Vormundes einen andern Tutor zu erbitten, wodurch der erſte aufhörte Vormund zu ſeyn [85]). Einer Freygelaſſenen, deren Vormund, der Patron, abweſend war, ſollte dieſes jedoch nur in zwey Fällen geſtattet ſeyn, nämlich wenn ſie eine Erbſchaft antreten, oder eine Ehe eingehen wollte [86]). Nach einem andern Senatus-

84) S. Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 202. f. und den 28. Th. dieſes Commentars §. 1298. S. 465. f.

85) Gajus *Comment. I.* §. 173. Praeterea *Senatusconsulto* mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere: quo petito prior desinit, nec interest, quam longe aberit is tutor. Ob hierdurch die vorige Tutel nur während der Abweſenheit, oder für immer aufhörte, iſt zweifelhaft. Das Erſte behauptet Gans in den Scholien zum Gajus. S. 205. Nach der Faſſung der Worte aber ſcheint Gajus das Letzte zu meinen. S. von Brockdorff Inſtitutionen Commentare des Gajus 1. B. §. 173. S. 647. und *Corn. Jac. van* Assen Adnotatio ad Institution. Gaji commentar. Lib. I. §. 173. pag. 113. sq.

86) Gajus *c. l.* §. 174 *et* 176. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 22. S. *van* Assen Adnotat. ad Gajum §. 176.

Conſultum ſollte zur Conſtituirung einer dos ein Tutor ernannt werden, wenn der legitime Tutor wahnſinnig oder ſtumm war [87]). Nur die Tutel des Patrons und ſeines Sohnes ſollte dadurch nicht aufgehoben werden [88]). Endlich ward auch noch durch ein Senatusconſultum feſtgeſetzt, daß wenn der ordentliche Vormund des Pupillen als verdächtig von der Tutel entfernt worden, oder ſich rechtmäßig entſchuldiget hätte, an deſſen Stelle ein anderer Tutor gegeben werden ſollte, wodurch der vorige Tutor die Vormundſchaft verlor [89]).

Allein alle dieſe Beyſpiele auſſerordentlicher Tutoren beweiſen doch nur, daß den Pupillen und Frauensperſonen, die in Ermangelung eines testamentarius oder legitimus tutor ſich ſelbſt überlaſſen waren, blos für einzelne Rechtsgeſchäfte ein Tutor gegeben werden mußte, um ſolche durch ſeine Auctorität vollgültig zu machen. Eine ſolche auſſerordentliche Tutel hörte denn auf, ſobald das Geſchäft beendiget war. Allein eine beſtändige von der Obrigkeit angeordnete Tutel über alle Angelegenheiten des Mündels fand vor der Lex Atilia noch nicht Statt [90]). Vermöge dieſes Volksſchluſſes ſollten nun alſo den Frauen und Pupillen, und zwar in der Hauptſtadt vom Praetor urba-

87) Gajus *Comm. I.* §. 180. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 21.

88) Gajus *I.* §. 181.

89) Gajus *I.* §. 182. Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam. Den Ausdruck *amittit tutelam* braucht Gajus, wenn der Tutor an dem Verluſt der Tutel ſelbſt ſchuld iſt. Auſſerdem ſagt er *tutor esse desinit.* §. 173. 186. 187. S. *van* Assen Adnotat. ad §. 182. pag. 115.

90) S. Ganz Scholien S. 201. f.

nus mit Zuziehung der Volkstribunen, jedoch so, daß die Majorität entscheiden soll, Tutoren für alle ihre Angelegenheiten gegeben werden, nicht nur in dem Falle, wenn überhaupt kein Vormund da ist, sondern auch wenn eine Bedingung, oder ein sonstiges Hinderniß den ordentlichen Vormund einzutreten, oder die Tutel fortzusetzen abhält, und wo also vorher ein ausserordentlicher Tutor vom Praetor urbanus gegeben wurde [91]). Ein solcher obrigkeitlich bestellter Vormund wird von dieser Lex *Atilianus tutor* genennt [92]). Gajus gedenkt dieser Lex erst, nachdem er zuvor von jenen ausserordentlichen Tutelen gehandelt hatte. Er sagt nämlich [93]):

Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex *lege Atilia* a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui *Atilianus* tutor vocatur, in provinciis vero a Praesidibus provinciarum ex *lege Julia* et *Titia* [94]).

91) S. *van* Assen Adnotat. ad Instit. Gaji commentar. ad §. 185. pag. 116.

92) S. den Titel der Institutionen I. 20. *de Atiliano tutore.* und *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela. *Halae* 1715.

93) *Commentar. I.* §. 185. 186. *et* 187. Diese Stellen sind zur Geschichte dieser Rechtslehre in die Institutionen Lib. I. Tit. 20. Pr. et §. 1. et 2. aufgenommen worden. Man sehe auch Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 18. und Theophilus Paraphr. graec. Instit. ad tit. de Atilian. tut.

94) Es scheint, man habe durch dieses Gesetz den Mißbräuchen vorbeugen wollen, welche besonders die Mächtigeren mit dem ius gentilitium trieben, um unter diesem Vorwande die Vormundschaften reicher Pupillen aus Gewinnsucht an sich zu bringen. S. *van Assen* Adnot. ad Gaium Lib. I. §. 185. pag. 116. sqq.

Et ideo, si cui testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus sit, quamdiu conditio aut dies pendet, tutor dari potest: item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est: qui desinit tutor esse, posteaquam quis ex testamento tutor esse coeperit [95]).

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur, qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam iure postliminii-

Zeit und Urheber der Lex Atilia ſind ungewiß. Nur ſoviel wiſſen wir, daß dieſer Volksſchluß ſchon vor Entdeckung der Geheimniſſe der Bachanalien durch die Freygelaſſene Fecenia Hispala im Jahre Roms 566, wovon uns Livius [96]) eine ausführliche Geſchichte erzählt, vorhanden geweſen ſey. Dieſe Freygelaſſene war es, welche von dem Umgange ihres Geliebten bezaubert, ſich nach ihres Patrons Tode, weil ſie nun in Niemands Gewalt mehr ſtand, von den Tribunen und dem Prätor einen Tutor erbat; und nun ein Teſtament machte, worin ſie ihren Aebutius zu ihrem alleinigen Erben einſetzte. Es ward ihr aber auf den Antrag des Conſuls Quintus Marcius durch einen Senatsſchluß zur Belohnung für die Entdeckung jener geheimen Unzuchtsweihe, unter andern Vorrechten, das Privilegium ertheilt, ſich ſelbſt ihren Tutor zu wählen, nicht anders, als habe ihr dieſes Recht

95) *L.* 10. *L.* 11. *D. de testam. tut.*

96) Livius *Lib. XXXIX. cap.* 9.

der Mann im Teſtamente gegeben [97]). Der römiſche Freyſtaat kennt nun zwar mehrere Tribunen, welche den Namen *Atilius* führten. Im Jahre 309 war *Atilius Longinus* Volkstribun; im J. 543. *Lucius Atilius*, welche beyde Heineccius [98]) nennt. Er bemerkt jedoch mit Recht, daß keiner von beyden Urheber unſerer Lex ſeyn könne, weil es zu ihrer Zeit noch keinen Praetor urbanus gab. Die meiſten [99]) halten daher den *L. Atilius Regulus* für den Urheber, welcher im Jahre 443 Volkstribun war [100]). Nur Joh. Gottl. Seger [1]) meint, das Geſetz könne ſo alt nicht ſeyn, cum successiones praetoriae illi videantur occasionem dedisse. Er nennt

97) Livius *Lib. XXXIX. cap.* 19. a. E. S. *Ph. Ed.* Huschke de privilegiis Fecen iae Hispalae SCto concessis. *Goettingae* 1822. 8. pag. 5a. sqq. Zwar hat Gans in den Scholien zum Gajus S. 216. dem auch Freyh. von Brockdorff gefolgt iſt, manche nicht unerhebliche Zweifel dagegen vorgebracht. Man ſehe des letztern Inſtitutionen-Commentare des Gajus. 1. B. §. 184. Not. 6. S. 670. ff. Allein man hat ſie zu beſeitigen geſucht. S. Zimmern Geſch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. 2. Abth. §. 234. S. 880. Not. 20. und 22.

98) Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. XX. §. 9. pag. 169. edit. *Haubold.*

99) S. Balduinus, Brobus, Murretus in Commentar. ad Institut. h. t. Heineccius c. l. *Jo. Aug.* Bach Histor. iurispr. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 20. pag. 144. edit. *Stockman.* Walch ad *Hoppii* Comment. ad Inst. Tit. de Atil. tut. not. b. p. 171. Zimmern S. 880. u. a.

100) Livius *Lib. IX. cap.* 30.

1) Historia iuris Rom. lib. reipubl. de tutelis et curat. §. 7. (in *Opusc.* a Klübero edit. Vol. I. pag. 99)

daher den *A. Atilius Bulbus*, der im J. der Stadt R. 523 Volkstribun gewesen seyn soll. Allein einen Beweis dafür hat er nicht beygebracht, und Jac. Perizonius [2]), der das ganze Geschlechtsregister der Atilier, sowohl der Reguler als der Serraner, aus den Nachrichten der römischen Classiker auf das genaueste dargestellt hat, kennt diesen Tribun nicht. Eben so wenig hat die Muthmaßung Hotomann's [3]) für sich, daß das Gesetz den *C. Atilius Calatinus*, oder den *C. Atilius Regulus*, welche in dem ersten Punischen Kriege das Consulat führten, zum Urheber habe, denn daß diese auch Volkstribunen gewesen, ist aus dem Register des Perizonius nicht zu ersehen. Kurz es läßt sich darüber nichts mit Gewißheit bestimmen, und es kann daher auch nur als Muthmaßung gelten, wenn Gans [4]) die Lex Atilia in die letzte Zeit des Cicero setzt. Uebrigens sollte wohl durch die Concurrenz der Volkstribunen bey der Bestellung der Tutoren, wie Bröus [5]) meint, Mißbrauch der Gewalt des Prätors verhütet werden. Von den zehen Tribunen aber, welche

2) Animadversion. historic. Cap. I. pag. 27. sqq. (edit. *Harles. Altenburg* 1771. 8.)

3) Commentar. ad Instit. Pr. Tit. de Atilian. tut. p. 79.

4) Scholien zum Gajus. S. 208. Er meint, auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle bey Cicero *Topicor.* Cap. 4. erklären, wenn man annimmt, daß die Tutel aus der Lex Atilia zur Zeit, als Cicero die obige Stelle der Topik niederschrieb, noch gar nicht existirt habe. Man sehe aber dagegen die Heidelberger Jahrbücher vom Jahre 1821. S. 477. ff.

5) Exposition. in Justiniani Institut. ad Tit. de Atilian. tut. nr. 1. pag. 141.

es damals gab [6]), machten, wie auch Theophilus [7]) bemerkt, schon sechs die Mehrheit aus. Daß der Prätor etwa nur höchstens soviel habe bey der Ernennung eines Tutors zuziehen dürfen, scheint wohl nicht die Meinung der Lex Atilia gewesen zu seyn. Nein, alle zehen Tribunen mußten vom Prätor zugezogen werden, wie auch Vinnius [8]) ganz richtig bemerkt hat. Wen nun die Mehrheit der Volkstribunen nach angestellter Untersuchung zum Tutor gewählt hatte, wurde vom Prätor gegeben [9]), ohne daß von Seiten der übrigen Tribunen ein Intercessionsrecht Statt fand [10]), nicht als ob das Intercessionsrecht durch dieses Gesetz zu Gunsten der Pupillen wäre aufgehoben worden, wie viele [11]) behaupten, sondern weil

6) Livius *Lib. III. cap.* 30. Pomponius *L.* 2. §. 34. *D. de Orig. iuris.*

7) Paraphr. gr. ad pr. Tit. J. de Atilian. tut.

8) Commentar. ad pr. Inst. h. t.

9) So ist auch Theophilus in Paraphr. gr. ad pr. J. h. t. zu verstehen, wenn er sagt: καὶ λέγομεν, ὅτι ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ Πραίτωρ ὁ ὀὐρβανὸς, μετὰ τοῦ μείζονος μέρους τῶν δημάρχων (ι' δὲ ἦσαν οἱ πάντες) τουτέστι, μετὰ τῶν ς' ἢ ζ', ἐπιζητήσας, τὸν ἐπιτήδειον δίδωσιν, Ατιλίου νόμου τοῦτο νομοθετήσαντος; i. e. *Et dicimus, in urbe Roma Praetorem urbanum cum maiori parte Tribunorum plebis (omnes autem* DECEM *erant) id est cum* SEX *aut* SEPTEM, *inquisitione habita, idoneum dare, lege* ATILIA *hoc sanciente.*

10) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. §. 419. S. 606. der 2. Ausg.

11) *Franc.* Hotomanus Commentar. ad Instit. pr. Tit. de Atil. tut. pag. 79. *Jul.* Pacius Analys. Institut. tit. eod. pr. pag. 108. *Arn.* Vinnius Commentar ad pr. J. h. t.

die Tribunen des Volks gleich von ihrer erſten Entſtehung an unter ſich feſtgeſetzt hatten, daß gegen das, was von der Majorität beſchloſſen worden, keine Interceſſion der Einzelnen gelten ſollte [12]). Dieſes Geſetz war ihnen zur Behauptung ihres Anſehens ſo heilig, daß ſie ſogar, wie uns Dionys von Halicarnaß [13]) erzählt, ſich beym Antritt ihres Amts zu deſſen Beobachtung eidlich verpflichteten. Da ſich die Lex Atilia nur auf das Gebiet der Stadt Rom beſchränkte; ſo ward

12) S. *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. libr. (*Traj. ad Rhen.* 1774. 8.) Cap. XII. pag. 129 — 134.

13) Ρωμαϊκ. Αρχαιολογ. Lib. X. pag. 658. edit. *Frid.* Sylburg (Lipsiae 1691. f.) Τοῖς δὲ ἅρα πᾶσιν ἦν ταῦτα κατ' ἀρχὰς δεδογμένα, μήτε εἰσηγήσασθαί τινα καινὸν πολίτευμα, μηδὲν ἐφ' ἑαυτῷ βαλλόμενον, ἐὰν μὴ πᾶσι τὸ αὐτὸ δοκῇ, μήτε ἐναντιωθῆναί τινα τοῖς πραττομένοις, ἀλλ' ὃ ἂν αἱ πλείους γνῶμαι δοκιμάσωσι, τοῦτο εἶναι κύριον. καὶ περὶ τούτων εὐθὺς ἅμα τῷ παραλαβεῖν τὴν ἀρχὴν ἱερὰ θύσαντες, ὅρκους ἔδοσαν ἀλλήλοις· οὕτως οἰόμενοι μάλιστα τὸ τῆς δημαρχίας ἀκατάλυτον ἔσεσθαι κράτος, ἐὰν τὸ στασιάζον ἐξ αὐτῆς ἀναιρεθῇ. i. e. *Sed iam a principio inter eos convenerat, ne quis privato consilio novum aliquod institutum inveheret, nisi idem toti collegio probaretur; nec ullas ullius actioni intercederet; sed quod plurium sententiis probaretur, id ratum esset: et in haec mox ab initio magistratu inter sacra coniuraverant, sic maxime rati fore inviolabilem suam auctoritatem, si dissidium e collegio tolleretur.* Der Ausdruck κατ' ἀρχὰς, den Sylburg blos durch ante überſetzt hat, ſoll vielmehr heißen: *a principio* sc. *illius temporis, quo Tribuni coeperant creari;* ſo wie er auch von Dionysius Lib. XI. pag. 700. und Polianus *Strateg. II.* 2. 3. gebraucht worden.

II. in den Provinzen nach der Analogie derſelben durch die *Lex Julia et Titia* den Praesides provinciarum ein gleiches Recht in Anſehung der Tutelen ertheilt. Ulpian [14]) ſagt:

Sed quia *Lex Atilia* Romae tantum locum habet, *lege Julia et Titia* prospectum est, ut *in provincia quoque* [15]) similiter a *Praesidibus* earum dentur tutores.

Noch ausführlicher iſt der Bericht des Theophilus [16]).

Στενοτάτη δὲ ἡ τούτου νομοθεσία· μέχρι γὰρ τῆς Ῥώμης, καὶ οὐ περαιτέρω προβαίνει· ἐν δὲ ταῖς

14) Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 18.

15) *Paraphr. gr. ad pr. h. t.* (Tom. I. pag 164. sq. edit. *Reitz.*)

16) *Ant.* Schulting in Jurispr. vet. Antejust. ad h. loc. Ulpiani. Not. 52. pag. 601. bemerkt hier, daß der Singularis ſtatt des Pluralis ſtehe, ſey bey Ulpian nicht ungewöhnlich; wie z. B. gleich nachher §. 20. Eben ſo *Tit. I.* §. 13. und *Tit. VIII.* §. 4. Die beyden letzten Stellen möchten nun auch wohl beweiſen, daß zuweilen *in provincia* ſtatt in provinciis geſetzt ſey. Allein in unſerer Stelle, ſo wie in dem folgenden §. 20. konnte wohl nicht der Pluralis ſtehen. Es fällt in die Augen, daß in beyden Stellen ſtatt in provincia *quoque* vielmehr quaque, das heiſt, unaquaque geleſen werden müſſe. In unſerer Stelle beweiſen es die folgenden Worte: *a Praesidibus* earum, welche man, jedoch ohne Noth, per Syllepsin numeri zu erklären pflegt. Noch deutlicher aber iſt dieſes aus dem folgenden §. 20. zu erſehen, wo es heißt: Sed postea Senatus censuit, *ut* etiam *in provincia* quoque *similiter a Praesidibus* earum *ex eodem causa tutores dentur.* Das *etiam* und *quoque* kann doch nicht Ulpian zugleich gebraucht haben. Auch

ἐπαρχίαις κατὰ μίμησιν τούτου γεγόνασι β' νόμοι, Ιούλιος καὶ Τιτιανὸς, οἳ ἐκέλευσαν ἐν ἀπορίᾳ ἐπιτρόπου, κρίσει τοῦ ἄρχοντος τῆς ἐπαρχίας δίδοσθαι ἐπίτροπον, ὃς ἐξ αὐτῶν ὠνόμασται Ιουλιος Τιτιανός. i. e. *Angustissimâ autem huius* (sc. Atiliae legis) *est sanctio: nam intra Romam, nec ulterius procedit. Sed in provinciis, ad eius exemplum, duae factae sunt leges,* Julia *et* Titiana, *quae iubebant deficiente tutore, Praesidis provinciae iudicio, tutorem dari, qui ex illis dictus est* Julius Titianus.

Ob die Lex *Julia* et *Titia* nur ein Geſetz geweſen, oder wenigſtens urſprünglich zwey, iſt ſtreitig. Nach der Paraphraſe des Theophilus waren es zwey Geſetze. Allein viele [17]) halten dieſes für einen Irrthum, und er-

Jo. Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta h. t. §. 20. pag. 61. hat dieſen widrigen Pleonasmus nicht unbemerkt gelaſſen. Um ihn zu beſeitigen, will er für etiam lieber *eiusmodi* ſubſtituiren, und bezieht dieß auf die Perſonen, von denen in den vorhergehenden Worten die Rede war. Allein was hat *eiusmodi* mit *etiam* für Aehnlichkeit? Hingegen quoque für *quaque* zu ſchreiben iſt eher verzeihlich. Wenn alſo Hugo in dem Lehrb. der Geſch. des Röm. Rechts S. 545. Z. 29. ſagt: Die Lex *Julia* et *Titia* gab den Statthaltern, Praesides, jedem in ſeiner Provinz, eben die Rechte in Anſehung der Tutel, die der Prätor in Rom durch die Lex Atilia hatte, ſo iſt dieſes der verbeſſerten Lesart vollkommen gemäß.

17) S. *Car. Ann.* Fabrotus ad Theophili Paraphras. (Tom. I. pag. 164. edit. *Reitz.*) Ev. Otto Commentar. ad Instit. Tit. de Atil. tut. nr. 4. pag. 121. (edit. *Traject. ad Rhen.* 1729. 4.). *Franc.* Brokus Exposition.

klären die Namen von den beyden Conſuln, auf deren Antrag das Geſetz gegeben ſeyn ſoll, nämlich dem Octavianus Auguſtus in ſeinem dritten Conſulate, und dem Marcus Titius Rufinus. Die Lex Caecilia et Didia, Licinia et Mucia, Licinia et Junia hätten alle von ihren Urhebern zwey Namen, und jede derſelben wäre doch nur Ein Geſetz. Nach der Zeit des Conſulats jener angegebenen Urheber wird alſo die Lex Julia et Titia in das Jahr der Stadt Rom 722 geſetzt [18]). Die gegen den Theophilus vorgebrachten Gründe ſind jedoch viel zu ſchwach, um mit den Gegnern deſſelben die Ueberzeugung zu theilen, daß Theophilus, der zur Zeit der Juſtinianeiſchen Geſetzgebung lebte, und deſſen Paraphraſe man es recht deutlich anſieht, daß er die echten Werke der Alten gekannt und geleſen hatte [19]), hierin geirrt habe. Achtungswürdiger ſpricht der große Cujaz [20]) von unſerm

in Justin. Instit. eod. tit. nr. 3. pag. 142. *Jo. Gottl.* Heineccius Histor. iuris civ. Lib. I. Cap. IV. §. 164. Not. * (pag. 248. edit. *Ritter.* Argentor. 1765.) und *Jo. Aug.* Bach Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 94.

18) So nach der Angabe des *Guid.* Pancirolus Thes. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. II. Cap. 277. p. 443. (*Lugduni* 1617. 4.) dem auch *Ant.* Matthaei Commentar. ad Institut. ad pr. Tit. de Atil. tut. nr. 9. p. 443. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad *Ulpian.* Tit. XI. §. 18. Not. 51. p. 601. und alle in der Note 17. angeführten gefolgt ſind.

19) S. Hugo Lehrb. d. Geſch. des Röm. Rechts. Einleit. S. 17. und Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über die Inſtitutionen Paraphraſe des Theophilus (Lüneburg 1809.) 5. Abſchn.

20) Commentar. in Lib. X. Dig. Salvii Juliani ad L. 19.

Theophilus, wenn er ſagt: *Fuit hic auctor ut et vetustissimus, ita et iuris peritissimus, ita ut ab iis, quae scribit, non sit temere recedendum.* Ihm ſind daher faſt durchgehends die neuern Rechtsgelehrten [21]) gefolgt. Wir können aber auch dem Zeugniß des Theophilus um ſo gewiſſer trauen, da die bey Anführung dieſer Geſetzes-Ausdehnung durchgängig, und auch wieder bey Gajus [22]) gebrauchte Copula *et*, wodurch die Lex Julia und Titia mit einander verbunden werden, hinlänglich beweiſt, daß von zwey Geſetzen die Rede ſey [23]). Es iſt über-

§. 1. D. de reb. credit. (*Opp. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 55.)

21) Man vergleiche vorzüglich *Aug. Christ.* Marche Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia. *Lipsiae* 1736. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. Nr. XIX. pag. 543 — 589.) *Guil. Ott.* Reitz Excurs. ad pr. tit. de Atiliano tut. adj. Theophili *Paraphr. gr.* Instit. Tom. II. pag. 1197 — 1199. *Jo. Theoph.* Seger Historia iuris Rom. de tutelis et curationib. §. VIII. (in *Opusc.* pag. 100. sq.) *Car. Frid* Walch ad *Hoppii* Comment. in Instit. ad pr. Tit. de Atil. tut. not. c. und Zimmern Geſch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 234. S. 880.

22) *Commentar. I.* §. 187.

23) So z. B. ſind die Lex *Aelia* et *Fusia*, Lex *Licinia* et *Aebutia*, Lex *Julia* et *Plautia*, Lex *Sempronia* et *Julia*, Lex *Julia* et *Papia Poppaea*, lauter verſchiedene Geſetze. S. Marche cit. Diss. §. IV. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 549.) Nie wird man hingegen irgendwo finden, Lex *Fusia* et *Caninia*, Lex *Aelia* et *Sentia*, Lex *Junia* et *Norbana*, Lex *Junia* et *Velleja*, Lex *Junia* et *Petronia*, weil jedes dieſer Geſetze, wenn es gleich zwey Namen hat, doch nur Ein Geſetz iſt. Die als Gegenbeweis angeführten Lex *Caecilia* et *Didia*, Lex *Licinia* et *Macia*, und Lex

dem mit nichts bewieſen, daß Auguſt in ſeinem dritten Conſulate den Marcus Titius zum Collegen gehabt habe. Die fasti consulares [24]) lehren vielmehr, daß M. Valerius Meſſala Corvinus mit Auguſt im Jahr 723 der Stadt Rom Conſul geweſen, und Marcus Titius in die Stelle des Auguſtus, der nicht das ganze Jahr hindurch ſein drittes Conſulat geführt hat, ſurrogirt worden ſey [25]). Es kommt alſo nur noch darauf an, Wer von jedem dieſer Geſetze der Urheber ſey, und

Licinia et *Junia* ſchwächen das Zeugniß des Theophilus noch nicht. Zwar behauptet Manutius libr. de Legibus pag. XXXIX. (*Venetiis* 1557. *fol.*) die Lex *Caecilia* et *Didia* ſey nicht Ein Geſetz, ſondern habe aus zwey verſchiedenen Geſetzen beſtanden. Allein wie unſicher die von ihm aus Cicero *Orat. pro Domo* cap. 20. und *Philipp. V.* cap. 3. entlehnten Beweiſe ſind, hat *Christ. Gottl.* Einert Diss. de Lege Caecilia et Didia. *Lipsiae* 1769. §. 5. gezeigt. Verſchiedene Kapitel ſind ja noch keine verſchiedenen Geſetze. Auch die Lex *Licinia* et *Macia* war gewiß nur Ein Geſetz, wie aus Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 11. erhellet. Eben ſo die *Lex Licinia et Junia*, welche von Cicero *Philipp. V. cap.* 3. ſelbſt *novem lex* genennet wird. S. Einert Diss. cit. §. 9. Allein ob es mit der Copula *et* hier überall ſeine Richtigkeit habe, bleibt noch immer zu fragen übrig; wenigſtens nennt Cicero *in Orat. pro P. Sextio.* Cap. 64. die Lex *Caecilia* (nicht *Acilia* S. Einert Diss. cit. §. 2.) *Didia*, und die Lex *Licinia Junia* ohne die Copula *et.*

24) S. *Theod. Janson. ab* Almeloveen Fastor. Romanor. Consular. Lib. I. pag. 104.

25) Dio Cassius *Histor. Rom.* Lib. XLIX. et L. und Suetonius *in vita Augusti.* Cap. 26. S. Marche Diss. cit. §. IV. Not. 11. (bey Fellenberg pag. 552. sq.)

Wenn jedes derſelben gegeben worden? Soviel die Lex *Julia* anbetrifft; ſo iſt ſie wohl ohne Zweifel dem K. Auguſt zuzueignen, der ſie in der Eigenſchaft als Conſul in Vorſchlag brachte. Denn die Comitialgeſetze, welche auf den Vorſchlag des Julius Cäſars, und des Kaiſers Auguſtus, als Conſul, in Vorſchlag gebracht worden ſind, haben das Eigene, daß ſie den Namen der Leges *Juliae* führen, und zwar nur von dieſen allein den Namen haben, ohne Beyfügung des Namens von dem andern Conſul. Haben alſo dieſe Leges *Juliae* dennoch einen zweyten Namen, ſo daß die beyden Namen durch die Copula *et* mit einander verbunden werden, ſo iſt dieſes ein ſicherer Beweis, daß es zwey verſchiedene Geſetze ſind, wie z. B. die Lex *Julia* et *Plautia*, die Lex *Julia* et *Papia Poppaea* [26]). Daß aber nicht Julius Cäſar, ſondern K. Auguſtus für den Urheber unſerer Lex *Julia* zu halten ſey, iſt daraus abzunehmen, weil Er es war, der ſeine Hauptſorgfalt auf die Provinzen richtete [27]), und dieſelben, da ſie vorher entweder proconsulares, oder praetoriae, oder quaestoriae waren, aufs neue dergeſtalt eintheilte, ut aliae *propriae Populi Romani*, aliae *propriae Caesaris* esse intelligerentur, wie Gajus [28]) ſagt. Die letzten waren die wichtigeren, welche der Kaiſer, als allgemeiner Statthalter derſelben, durch eigene Obrigkeiten (legati Augusti) regieren ließ, während jene, freylich die weniger

26) S. Marche cit. Diss. §. IV. Not. k. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 552.)

27) Dio Cassius *Histor. Rom.* Lib. LIII. pag. 506. et Lib. LIV. p. 524. Suetonius *in vita Augusti.* Cap. 47.

28) *Commentar. II.* §. 21.

bedeutenden, nach der ältern Verfassung von den abgegangenen Consuln und Prätoren (Proconsules, Propraetores) regiert wurden [29]). Für beyde Arten galt jedoch der allgemeine Name *Praesides provinciarum* [30]). Seinen Provinzen gab auch Augusst neue Gesetze, und sehr wahrscheinlich bezog sich die Lex *Julia* de tutoribus a Praesidibus provinciarum dandis auf die kaiserlichen Statthalter [31]). Erwägt man nun noch, mit welcher Sorgfalt sich Augusst der Pupillen und Blödsinnigen, nach Suetons [32]) Erzählung, angenommen habe, denen er Vormünder geben ließ, donec adolescerent aut resipiscerent; so findet fast kein Zweifel mehr Statt, daß Kr. Augusst für den Urheber der Lex *Julia* zu halten, und dieses Gesetz wahrscheinlich im Jahr 726. der Stadt Rom gegeben sey [33]). Weniger Gewißheit haben wir über die Zeit und den Urheber des andern Gesetzes, der Lex *Titia*. Aelter als die Lex *Julia* war sie gewiß. Denn wer sollte glauben, daß man seit der Lex *Atilia* nicht auch daran gedacht haben sollte, den Pupillen in

29) Dio Cassius Lib. LIII. pag. 503. sq. et Lib. LIV. pag. 523. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 519. (der 8. Ausg.) auch *Jac.* Gutherius de Officiis domus August. Lib. I. cap. 5. und *M. August.* Campiani de officio et potest. Magistratuum Romanor. pag. 342. sqq.

30) *L.* 1. *D. de officio Praesidis.*

31) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 545. Z. 26. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. §. 234. S. 880.

32) *Vita Augusti. Cap.* 48.

33) S. Marche Diss. cit. §. VII. et VIII. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 560—564.)

den Provinzen Tutoren zu geben, da ſich jener Volksſchluß ausdrücklich nur auf die Stadt Rom beſchränkte? Wir haben ja auch das Beyſpiel von Sicilien, der erſten Provinz auſſerhalb Italien, wo nach den Berichten des Cicero[34]) und Diodorus Siculus[35]) ſchon lange

34) *In Verrem.* Lib. I. Cap. 56. Quibus de bonis? pupilli, cuius aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, defendere Praetor debuit.

35) *Excerpt. Peiresecian.* ab *Henr.* Valesio edit. pag. 397. (edit. *Wesseling* Vol. II. pag. 611.) Hier wird von einem gewiſſen Lucius Asellius, der als Statthalter nach Sicilien war geſchickt worden, gerühmt: Τῶν γὰρ ἄλλων στρατηγῶν εἰωθότων διδόναι προστάτας τοῖς ὀρφανοῖς καὶ γυναιξὶν ἐρήμοις συγγενῶν, οὗτος ἑαυτὸν τούτων ἀνέδειξε φροντιστὴν. i. e. *Nam cum reliqui Praetores pupillis ac vidais, agnatorum cura destitutis, tutores dare soliti essent, hic eiusmodi personarum ipse tutelam suscepit.* Dieſe Stelle iſt jedoch nicht ſo zu verſtehen, als ob Aſellius ſelbſt die Vormundſchaft über Wittwen und Waiſen übernommen habe, wie ſie Heineccius in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. in Addend. ad p. 338. verſteht, ſondern der Sinn derſelben iſt. Wenn des Aſellius Amtsvorfahren ihrem Amte durch Beſtellung der Vormünder ein Genüge gethan zu haben glaubten, unbekümmert, ob ſie die Tutel gut oder ſchlecht verwalteten; ſo habe Aſellius es dabey nicht bewenden laſſen, ſondern ſich auch um die Verwaltung der Vormünder ſelbſt bekümmert, wie aus den folgenden Worten erhellet. Man ſehe Marche cit. Diss. §. IX. Not. h. (bey Fellenberg T. II. pag. 567. sq.) Marche cit. Diss. §. I. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 544.) führt auch noch eine Stelle aus Apulejus *Metamorph. Lib. I.* pag. 5. edit. Pric. (p. 6. edit. *Altenburg.* 1778. 8.) wo Ariſtomenes zum Socrates ſagt: Hem mi Socrates, quid istud? quae

vor Auguſt die Obrigkeiten dafür ſorgten, daß den Pupillen und Weibern, die nicht unter der Vormundſchaft der Agnaten ſtanden, Tutoren gegeben wurden. Daß dieſes in Folge der Lex *Titia* geſchehen ſey, iſt wohl mit Grund nicht zu bezweifeln [36]). Denn es läßt ſich eben ſo wenig beweiſen, daß dieſes ein eigenes Recht für die Provinz Sicilien geweſen, wie einige [37]) behaupten wollen, als ſich mit andern [38]) die Nothwendigkeit einer ſolchen Bevormundung aus einer lex *Hieronica* oder *Rupilia* herleiten läßt, weil jene eine lex agraria et frumentaria [39]), dieſe aber eine lex iudicia-

facies? quod flagitium? At vero domi tuae iam defletus et conclamatus es, *liberis tuis tutores iuridici provincialis decreto dati.* Denn unter dem *iuridicus provincialis* ſey hier nicht gerade der *Juridicus Alexandriae* zu verſtehen, deſſen §. 5. *J. de Atilian. tut.* gedacht wird, ſondern jeder iudex werde bey den lateiniſchen Claſſikern *iuridicus* genennt, wie z. B. bey Seneca *Hercul. fur. Act. II. v.* 581. Man vergleiche auch *L.* 41. §. 5. *D. de fideic. libertat.* Nach der Bemerkung des Pricaeus ſteht auch ſtatt *iuridici provincialis* in mehreren Ausgaben *iudicis provincialis.*

36) S. Marche Diss. cit. §. I. Not. l. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 545.) und Zimmern Geſch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 234. Not. 29. S. 881.

37) *Ant.* Schulting ad *Ulp.* Tit. XI. §. 18. Not. 51. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 601.) Heineccius Antiquitat. Romanar. Lib. I. Tit. 20. §. XI. pag. 170. u. a.

38) Hotoman Commentar. ad Institut. Tit. de Atilian. tut. pr.

39) Cicero *in Verrem. Lib. II. cap.* 13. et *cap.* 60. *Lib. III. cap.* 6. von dem König Hiero von Sicilien. S. Diodorus Siculus *Excerpt. Peiresc.* edit. *Vales*

ria [40]) war. Da es jedoch zur Zeit des Röm. Freystaats mehrere Tribunen gab, die den Namen *Titius* führten [41]), und nach denen, als Urhebern, Volksschlüsse benennt worden sind [42]), so ist noch die Frage übrig, Wem unsere Lex Titia zuzueignen sey? Die größte Wahrscheinlichkeit hat wohl die Meinung des Pighius [43]) für sich, daß der Tribun Quintus Titius der Urheber dieses Volksschlusses sey,

pag. 281. Polybius *Lib. I. Cap.* 16. und Justinus *Lib. XXIII. cap.* 4.

40) Cicero *in Verrem. Lib. II. cap.* 13. *et* 15. *Lib. III. cap.* 18. *et* 40. von dem Consul *P.* Rutilius Rufus im J. 622. Cicero *in Verr. II.* 15. Valerius Maximus *Lib. VI. cap.* 9. Pighius Annal. P. Rom. Tom. III. pag. 17.

41) Z. B. M. Titius Rufus, Sextus Titius, C. Titius, Q. Titius. S. Marche Diss. cit. §. V. Not. c.

42) Man denke an die Lex *Titia* de provinciis, L. *Titia* de lusu. L. *Titia* agraria, L. *Titia* de muneribus. S. Marche §. V. not. d.

43) *Annal.* Tom. III. pag. 114. Nur darin irrt wohl ohne Zweifel Pighius, daß er glaubt, Q. Titius habe mit seinem Collegen, dem Tribun L. Villius, das Gesetz in Vorschlag gebracht. Er vertauscht daher den Namen Lex *Julia* et *Titia* mit Lex *Villia* et *Titia*, und eignet die gewöhnliche Benennung einem Fehler der Abschreiber zu, wie er *Annal. II.* pag. 115. zu beweisen gesucht hat. Allein mit Recht wird jetzt diese Meinung allgemein verworfen, wenn gleich Vaillant in Nummis antiqu. Familiar. Roman. Tom. II. pag. 354. und *Ge.* Schubart de Fatis Jurispr. Rom. Ex. II. §. 73. p. 354. durch die sehr scheinbaren Gründe des Pighius verführt wurden. Man sehe Marche Diss. cit. §. II. Not. c. (bey Fellenberg pag. 546.)

nicht, wie Zasius[44]) glaubt, Cajus Titius der Vater, welcher im J. Roms 488. Tribun war. Denn die von diesem benannte Lex *Titia* gieng nur die provinciae quaestoriae an, und handelte von der Verdoppelung der Zahl der Quästoren[45]). Ueberdem hatten damals die Römer noch keine Provinzen ausserhalb Italien erobert. Denn Sicilien, unter allen die erste, kam erst unter den Consuln Manlius und Luctatius im Jahre 513 in die Gewalt derselben[46]). Es war aber gerade das Jahr 526, in welchem Quintus Titius Volkstribun war, wo zuerst Prätoren cum imperio in die Provinzen geschickt wurden[47]). Es war also ein neues Gesetz nöthig, wenn auch diese Prätoren zur Bestellung der Tutoren berechtiget seyn sollten[48]). Die Lex *Titia* ist demnach älter, als die Lex *Julia*. Daß aber dennoch der Name *Julia* dem Namen *Titia* ist vorgesetzt worden, ist wohl reverentiae causa geschehen[49]), wie bey der Lex *Julia* et *Plautia*[50]), von denen auch die Lex *Plautia* älter, als die Lex *Julia* ist[51]). Obwohl

44) Catalog. Legg. antiquar. h. L. pag. 113

45) Tacitus *Annal. Lib. XI. cap.* 22. Cicero *pro Murena. Cap.* 8. Pighius Annal. Rom. Tom. I. pag. 463.

46) Pighius Annal. Tom. II. pag. 68.

47) Pighius Tom. II. pag. 113.

48) S. vorzüglich Marche cit. Diss. §. VI. Not. e. (bey Fellenberg Tom. II. pag. 559. sq.)

49) S. Marche cit. Diss. §. IV. Not. g. et §. V. Not. b. und Zimmern §. 234. Not. 25. S. 880.

50) §. 2. *I. de Usucap.*

51) S. *Jos. Fernand. de* Retes ad Leg. Atiniam, Juliam et Plautiam. P. II. §. 26 et 27. (in *Thes. Meerm.* T. VI. pag. 483.)

Julian[52]) beyde Gesetze in chronologischer Ordnung genannt hat. Zwar hat gerade wegen dieser umgekehrten Ordnung, bey der Benennung der Lex *Plautia* et *Julia*, Reitz[53]) sich veranlaßt gefunden, die Meinung des Marche, daß die Lex Titia ein Plebiscitum, und älter, als die Lex Julia, sey, zu bezweifeln, und ist auf die Muthmaßung gefallen, der Consul *M. Titius*, der im J. der St. Rom 723. in die Stelle des Ks. August, als Consul suffectus, eingetreten, habe vielleicht auf dessen Rath die Lex Julia dem Volke nochmals empfohlen, und durch seinen Vorschlag die Ausdehnung dessen auf alle Provinzen des Röm. Reichs bewirkt, was das Julische Gesetz nur für die Provinz Sicilien sanctionirt hatte. Allein diese Muthmaßung ist mit gar nichts unterstützt. Wahrscheinlicher ist es, daß durch die Lex *Julia* auf die kaiserlichen Statthalter ausgedehnt worden, was die Lex *Titia* für die ehemals vorkommenden Praesides verordnet hatte[54]), wozu vielleicht die Eroberung der Provinz Sicilien, als der ersten Provinz ausserhalb Italien, die Veranlaßung gegeben hat.

Ob übrigens der Praeses provinciae bey Ernennung der Tutoren freyer gewesen, als der Praetor urbanus, oder ob ihm, statt der Tribunen, Jemand anders zugegeben worden sey, darüber finden sich keine Nachrichten[55]). Jedoch ernannte auch der Praetor urbanus den neben einem bereits vorhandenen Tutor nöthig werdenden Vormund in Rom allein, und eben so erlaubte die Lex

52) *L.* 33. §. 2. *D. de Usurpat. et usucap.*

53) Cit. Excurs. ad *Theophilum.* Tom. II. pag. 1199.

54) S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts. S. 545. Z. 25.

55) S. Hugo a. a. O. S. 546. Z. 1. f.

Julia de maritandis ordinibus den Frauensperſonen, ſich von dem Praetor urbanus, an ihres unmündigen geſetzlichen Tutors Stelle, einen andern zur Conſtituirung einer dos zu erbitten [56]).

Zu den zur Ernennung der Tutoren berechtigten Obrigkeiten gehörten ferner

III. die Conſuln. In den Inſtitutionen [57]) wird erzählt, es wären in der Folge den Pupillen nicht mehr nach jenen Geſetzen, der Lex *Atilia*, und der Lex *Julia* et *Titia*, Tutoren gegeben worden, und zwar aus dem Grunde, weil in denſelben weder Etwas von der Cautionsleiſtung der Tutoren zur Sicherung des Vermögens der Pupillen, noch darüber Etwas enthalten geweſen, wie Vormünder zur Verwaltung der Vormundſchaft genöthiget werden könnten. Nun hätten zuerſt die Conſuln angefangen, den Pupillen beyderley Geſchlechts nach vorgängiger Prüfung Tutoren zu beſtellen. Suetonius [58]) giebt darüber nähere Nachricht. Er erzählt nämlich, Kaiſer Claudius habe verordnet: ut pupillis *extra ordinem* tutores a Consulibus darentur. Mehrere [59]) haben

56) Gajus *Instit. Comment. I.* §. 178. Nam et *lege* Julia *de maritandis ordinibus* ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a *Praetore urbano* tutorem petere. S. auch Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 20.

57) §. 3. *I. de Atiliano tut.*

58) In *vita Tib. Claudii.* Cap. 23.

59) *Ant.* Augustinus lib. de Legib. et SCtis. Lex Atilia. pag. 39. (*Paris* 1584 f.) *Ev.* Otto Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. *Henr.* Brencmann de Lege Remmia Cap. XI. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. III. pag. 1604. Not. a.) u. a.

behaupten wollen, durch dieſe Lex *Claudia* ſeyen die vorhergehenden Geſetze, die Lex *Atilia* und die Lex *Julia* et *Titia* aufgehoben worden. Dieſe Meinung ſcheint auch Theophilus zu begünſtigen, welcher in ſeiner griechiſchen Paraphraſe [60]) ſagt: Αλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιὸν· μετὰ δὲ ταῦτα ἡ τῶν Ατιλιανῶν καὶ Ιουλιοτιτιανῶν ἀνῃρέθη δόσις. d. h. *Sed haec antea. Postea tutorum* Atilianorum *et* Julio-Titianorum *datio* sublata *est.* Allein Sueton ſagt ja nur, daß die Conſuln *extra ordinem* den Pupillen Vormünder gegeben hätten, das heißt alſo, wie es auch Janus a Coſta [61]) verſteht, praeter eos, qui iure ordinario in urbe ex lege *Atilia* tutores dabant, vielleicht in ſolchen Fällen, wo der Prätor in Rom unterlaſſen hatte, einen Tutor zu ernennen. Dann gieng die Conſtitution des K. Claudius auch nur auf Rom [62]). Denn ſo ſollten auch nur in Rom die Conſuln, oder der Prätor in Fideicommißſachen ſprechen [63]). Geſetzt alſo, die Ernennung der Vormünder ex lege *Atilia* habe nach und nach aufgehört, ſeitdem die Conſuln angefangen, den Pupillen ex inquisitione Tutoren zu beſtellen, beſonders nachdem das Anſehen der Volkstribunen unter den Kaiſern ſo ſehr geſunken war [64]); ſo haben doch gewiß noch unter Clau-

60) Ad. §. 3. I. de Atil. tut. Tom. I. pag. 166. edit. *Reitz.*

61) Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. pag. 106.

62) S. Marche Diss. §. X. Not. b.

63) Suetonius *in vita Claudii.* cap. 23. Ulpian. *Fragm. Tit. XXV.* §. 12.

64) S. Plinius *Lib. I. Epist.* 23. *Christ. Gottl.* Schwarz Exerc. de Augustor. Caesarumque Rom. tribunicia potestate. *Altorf.* 1715. 4. §. 24. und *Mich. Conr.*

dius, und lange nachher die Statthalter der Provinzen Vormünder ernannt. Denn Justinian nennt ja selbst gleich nachher [65]) die Praesides noch als competente Vormundschaftsbehörde in den Provinzen. Es kann wohl seyn, daß die Statthalter in den Provinzen Anfangs bey der Bestellung der Vormünder nicht mit der gebührenden Vorsicht verfuhren, sondern ohne alle vorgängige Untersuchung Tutoren gaben [66]). Man sieht dieß aus der Vergleichung, welche Diodorus Siculus [67]) zum Lobe des Asellius zwischen ihm und seinen Vorgängern anstellt, und von ihm rühmt, daß ihm die Sorge für die Pupillen und Frauen, die keine Agnaten hatten, mehr am Herzen gelegen habe, als seinen Vorgängern, welche sich überhaupt nur Vormünder gegeben zu haben begnügt hätten, vielleicht weil die Gesetze weiter nichts verlangten. Sie hätten sich zwar freylich wenigstens Caution sollen leisten lassen, aber auch davon war in den oben erwähnten Gesetzen nichts enthalten. Indem nun aber auch die Statthalter der Provinzen, nach dem Beyspiel der Consuln, denen man ja ohnehin, wenn sie in Rom abgegangen waren, die Verwaltung einer Provinz pro consule zu übertragen pflegte, Tutoren ex inquisitione zu bestellen angefangen hatten; so konnte Justinian wohl sagen, man habe aufgehört, Tutoren mehr nach jenen Gesetzen zu bestellen, und es ist denn auch wohl für keinen Irrthum zu halten, wenn Theophilus sagt,

Curtius Commentarior. de Senatu Rom. post tempora lib. Reip. Lib. II. Cap. 5.

65) §. 4. *I. h. t.*

66) S. Brobus und Hotoman. Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut.

67) *Excerpt. Peirescian.* pag. 397. edit. *Valesii.* S. Not. 35.

die Bestellung Atilianischer, und Julius-Titianischer Vormünder sey aufgehoben. Es ist indessen auffallend, daß weder Gajus[68]) noch Ulpian[69]) der Consuln, als Vormundschaftsbehörde ex lege Claudia, gedenken, sondern beyde von der Lex *Atilia*, so wie von der Lex *Julia* et *Titia* sprechen, als wären sie noch zu ihrer Zeit gültig gewesen. Dieß kann wenigstens zum Beweis dienen, daß die lex *Claudia* auf keinen Fall eine durchgängig reformirende Verordnung gewesen sey[70]). Die Beyspiele von consularischer Ernennung der Vormünder sind daher auch bey den Classikern nicht so häufig. Nur unter Trajan kommt ein solcher Fall bey Plinius[71]) vor, wo Cornutus sagt: *Datum se a* Consulibus *tutorem Helvidii filiae, petente matre eius et vitrico.* Daß die Consuln auch mangelhafte testamentarische Tutelen bestätigen konnten, wie Modestin[72]) sagt, hängt mit dem obrigkeitlichen Ernennungsrechte vollkommen zusammen. Außer den bemerkten Obrigkeiten pflegten auch wohl die Kaiser selbst Tutoren zu bestellen. Spartian[73]) erzählt vom K. Hadrian, eum tutores saepissime dedisse. Vom Kaiser Marcus Aurelius Antoninus ward aber

IV. ein eigener Prätor blos für das Vormundschaftswesen angestellt, welcher daher *Praetor tutelaris*

68) *Comment. I.* §. 185 — 187. *et* §. 193.

69) *Fragm. Tit. XI.* §. 13.

70) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privat. Rechts. 1. B. §. 235.

71) *Lib. IX. Epist.* 13.

72) *L.* 1. §. 1. *in fin. de confirm. tut.*

73) In *vita Hadriani Cap. XXI. pr.*

genannt wurde[74]). Justinian[75]) gedenkt deſſelben nicht, ſondern ſagt blos, nach den Conſuln hätten auch die *Praetores* ex Constitutionibus Tutoren gegeben. Aber Julius Capitolinus[76]) erzählt vom Kaiſer Marcus: *Praetorem tutelarem* primus fecit, quum ante tuto-

74) In *L.* 2. *C. Quando mulier tutelae officio.* (V. 35.) heißt er Praetor, qui impertiendis tutoribus praesidet. und *L.* 1. *pr. C. de tutorib. vel curator. personar. illustr.* (V. 33) Praetor, qui tutelaribus cognitionibus praesidet. Bey Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. V. Tit.* 16. §. 2. Judex tutelaris. Paulus und Ulpian haben auch *de officio praetoris tutelaris* geſchrieben. Aus beyder Schriften finden ſich Stellen in den Fragmentis iuris civ. Antejustin. Vatican. ab *Ang.* Majo edit. (*Romae* 1823. 4.) pag. 56. et 58. sq. Man ſehe auch *L.* 9. *D. de Excusat.* Ganz irrig iſt die Idee des *Guid.* Pancirolus Thes. variar. Lectionum utriusq. iuris. Lib. II. cap. 57. welcher meint, der Praetor *tutelaris*, von deſſen officio Ulpian geſchrieben, ſey einer von den 16 Prätoren geweſen, welche Auguſt, nach der Erzählung des Pomponius *L.* 2. §. 32. *D. de Orig. iuris*, eingeführt habe. Dieſer Prätor, ſagt er, habe ſeinen Namen daher erhalten, weil er über die vier Cohorten, welche Auguſt zum Schutz der Stadt Rom gehalten, und die davon Cohortes *praetoriae* geheißen, geſetzt geweſen ſey. Dieß, meint er, beweiſe der Inhalt der angeführten *L.* 9. Allein ſämmtliche Fragmente, die in den angeführten Fragment. Vatican. pag. 56. enthalten ſind, beweiſen, daß Ulpian in der angeführten Schrift von der Beſtellung der Tutoren, und deren Excuſation gehandelt habe, und dieſes erhellet auch aus der daraus genommenen *L.* 9.

75) §. 3. *J. h. t.*

76) *Vita Marci Antonini Philosophi.* Cap. X. in fin.

res *a Consulibus* poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. Daß Justinian dieſe Praetores tutelares gemeint habe, iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, und es iſt daher nicht nöthig, die gemeine Lesart praetores mit Hotoman[77]) für fehlerhaft zu halten, und dafür praetor zu leſen, da die Paraphraſe des Theophilus die gemeine Lesart beſtätiget, wenn man nicht etwa mit Balduin[78]) und Weſtenberg[79]) annehmen will, daß in der Folge die Prätoren in Rom, ſo wie die Präſides in den Provinzen das Recht, Vormünder zu ernennen, wieder ausgeübt haben. Es läßt ſich dieſes auch mit vieler Wahrſcheinlichkeit aus dem folgenden §. 4. *I. h. t.* ſchließen. Was aber die Conſtitutionen anlangt, deren Juſtinian hier gedenkt, ſo verſteht man darunter gewöhnlich[80]) die Conſtitution des Kaiſers Trajan[81]), wodurch zuerſt die Satisdation oder Caution der Tutoren, rem pupillo salvam fore, eingeführt worden, und die Verordnung des Kaiſers Antoninus Pius[82]), nach welcher der Vormund zur Uebernehmung der Tutel ſollte gezwungen werden können. Denn die Leges *Atilia*, *Julia* et *Titia* hatten ſo wenig von dem Zwange zum Ad-

77) Commentar. ad §. 3. J. h. t.

78) Comm. ad §. 3. J. eodem.

79) Divus Marcus. Diss. XI. §. 7. (*Opp.* Tom. III. p. 126.)

80) S. *Franc.* Hotoman Comment. ad §. 3. J. de Atil. tut. ad verba: *Nam suprascriptis legibus.* pag. 81. und *Franc.* Brobus Exposition. in Justin. Instit. Tit. eodem. nr. 5. pag. 143.

81) *L.* 5. *Cod. de magistratib. conveniend.*

82) *L.* 1. *pr. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* (XXVI. 7.) *L.* 1. *C. In quibus casibus tutor. vel curator. habenti.* (V. 36.)

miniſtriren, als von einer Cautionsleiſtung der Vormünder etwas verordnet, wie Juſtinian [83]) in folgenden Worten ſelbſt ſagt: Nam *supradictis legibus* neque de *cautione* a tutoribus exigenda, *rem salvam pupillis fore:* neque *de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem*, quicquam cavebatur. Jedoch iſt die Satisdation der Vormünder nie ganz allgemein geworden [84]) ſo wie ſich denn auch durch die Praxis der Behörden, welche die Vormünder beſtellten oder confirmirten in Verbindung kaiſerlicher Reſcripte oder Senatsſchlüſſe, und der Interpretation der römiſchen Juriſten nach und nach eine Reihe von Excuſations-Gründen bildete [85]). Von beyden wird an ſeinem Orte gehandelt werden. Eine Oratio des Kaiſers Marcus ſoll auch, wie Ulpian [86]) ſagt,

V. dem legatus Proconsulis, ſo wie eine Conſtitution von eben demſelben [87])

VI. dem Juridicus Alexandriae [88]) die Befugniß

83) §. 3. *in fin. J. h. t.*

84) S. Zimmern Geſch. des R. Pr. Rechts. 1. B. §. 249. S. 943.

85) S. Zimmern §. 241.

86) *L.* 1. §. 1. *D. h. t. L.* 15. *D. de officio Proconsulis.* Es konnte jedoch der legatus Proconsulis das Recht Vormünder zu ernennen, wenn es ihm auch gleich ex lege zuſtand, anders nicht ausüben, als wenn ihm der Proconſul die Jurisdiction übertragen hatte. *L.* 13. *D. de offic. Proconsulis.* S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 208. Not. 87. S. 291. der 2. Aufl.

87) *L.* 2. *D. de officio Juridici.* (l. 20.)

88) S. Noodt Commentar. ad Dig. Lib. I. Tit. 20. (*Opp.* Tom. II. pag. 47. Campiani de officio et potestate Ma-

zur tutorum datio gegeben haben, und dieſes ſcheint nachher auf alle iuridici ausgedehnt worden zu ſeyn, weil, wie Ulpian in ſeinem Buche *de officio Praetoris tutelaris* [89]) bemerkt, ein Reſcript des Kaiſers Alexander Severus *in his regionibus, quae sunt sub* Juridicis [90]), dem Praetor tutelaris die Befugniß den Pupillen Vormünder zu geben, abſpricht. Auſſer den Statthaltern der Provinzen konnten auch

VII. die magistratus municipales Vormünder beſtellen, und zwar ſagt Ulpian *libro trigesimo sexto ad Edictum* [91]): Jus dandi tutores datum est *omnibus*

gistratuum Romanor. ad L. 2. D. de offic. iuridici Alex. pag. 451. und den 2. Th. dieſes Commentars. §. 183. S. 600.

89) Die hierher gehörige Stelle befindet ſich in den Fragment. iuris civ. Antejustinian. Vatican. a Majo edit. (*Romae* 1823.) pag. 56.

90) Julius Capitolinus *in Vita M. Antonini.* Cap. XI. Datis *iuridicis Italiae* consuluit ad id exemplum, quo *Hadrianus* Consulares viros reddere iura praeceperat.

91) *L.* 3. *D. de tutorib. et curator. datis.* Die Municipal-Obrigkeiten, welche Vormünder zu ernennen berechtiget waren, und magistratus ſchlechtweg genennt werden, zum Unterſchied der magistratus populi Romani, waren die Duumviri *L.* 1. §. 9. *D. de magistratib. conveniend.* und die Defensores civitatum. §. 3. *J. h. t.* Von denen jene gleichſam die Conſuln in den Municipal-Städten, wie *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 61. sqq. gezeigt hat; dieſe aber die Volkstribunen vorſtellten. Sie werden daher auch Defensores *plebis* genennt. *L. un. C. de officio iurid. Alexandr.* S. *Jo Christ.* Schmid Diss. de civitatum Defensoribus. *Lipsiae* 1759. §. V. sqq.

magistratibus municipalibus, eoque iure utimur. Sie erhielten dieſes Recht durch eine Conſtitution der Kaiſer Marcus und Verus [92]). Jedoch durften ſie hierin nicht für ſich handeln, ſondern die Beſtellung geſchahe unter der Auctorität des Präſes der Provinz, bey dem ſie entweder von der Beſtellung Anzeige machen, oder zur Beſtellung Veranlaſſung bekommen mußten [93]). Dieß iſt es, wenn Juſtinian ſagt §. 4. *J. h. t.* die Magistratus, nämlich municipales, hätten *iussu Praesidum* Tutoren creirt. Das Wort *iussus* aber bedeutet hier ſoviel, als auctoritas, alſo nicht blos Befehl, Erinnerung, Aufforderung, ſondern auch Genehmigung [94]). Dieſer Einfluß des Präſes war um ſo nöthiger, weil, wie Juſtinian ſagt, die Competenz der Municipal-Obrigkeiten blos auf den Fall beſchränkt war, wenn das Ver-

und *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 19. sqq. et §. 24. Die Duumviri wurden alle Jahr, die Defensores aber alle 5 Jahre creirt. *L. 4. Cod. de defensorib. civitat.* S. *Ev.* Otto c. l. Cap. VIII. §. 4.

92) *L.* 24. *D. h. t.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Christ.* Gebauer Diss. actionem tutelae adversus magistratus expendens. *Lipsiae* 1726. §. V. et VI. (in *Exercitatt. academm.* Tom. I. pag. 212. sqq.)

93) *L.* 46. §. 6. *D. de admin. tut. L.* 1. §. 6. *D. de magistratib. conveniend.* S. Vinnius Commentar. ad §. 4. J. h. t. nr. 3. ad verba: *Magistratas* iussu *Praesidum.* und *Ger.* Noodt de iurisdictione et imperio. Lib. II. cap. 8. (*Opp.* Tom. I. pag. 126. sq.)

94) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 4. §. 2. und *Ant.* Schultino ad Eundem. Not. 5. (in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 394.) Man ſ. auch Cujacius Observat. Lib. XV. cap. 19. in fin. und *Ev.* Otto Comm. ad §. 4. J. de Atil. tut.

mögen der Pupillen nicht bedeutend war *). Endlich hatte in Rom neben dem Prätor

VIII. auch der Praefectus urbi das Recht Vormünder zu ernennen. Schon Tryphonin *libro XII. Disputationum* [95]) gedenkt deſſelben. Romae datos tutores, ſagt er, eos tantum accipere debemus, qui vel a *Praefecto urbi*, vel a *Praetore* dati sunt. Durch welche Conſtitution ihm aber dieſe Competenz ertheilt worden, iſt nicht bekannt [96]). Soviel aber iſt aus der angeführten Stelle erſichtlich, daß zu der Zeit, als Tryphonin dieſes ſchrieb, der Praefectus urbi allein, ohne Beyrath und Zuziehung des praetor tutelaris, ſo wie denn auch dieſer allein, ohne jenen, Vormünder habe ernennen können [97]). Dieß änderten nun aber die Kaiſer Valentinian II. Theodos I. und Arcadius in einer Verordnung vom J. 389 [98]) dahin ab, daß der Praefectus urbis und der Praetor tutelaris zugleich, mit Zuziehung von zehen Senatoren, die Vormünder ernennen

*) Man vergleiche hier noch vorzüglich *Em.* Merillius Observation. Lib. IV. Cap. 30.

95) *L.* 45. §. 3. *D. de Excusation.*

96) S. Vinnius Comm. ad §. 4. J. de Atil. tut. *Jan. a* Costa Comment. ad eund. §. h. t. und *Arn.* Drackenborg Diss. de praefectis urbi. praes. *Pet. Burmanno Ultrajecti* 1704. *def. Cap. X. in fin.*

97) S. *Jac.* Gothofredus Comment. ad L. 3. Cod. Theod. de tutorib. et curator. creand. (III. 17.) Tom. I. p. 361. edit. *Ritter.*

98) *L.* 3. *Cod. Th. de tutorib. et curatorib. creandis.* bey *Gothofred.* Tom. I. pag. 360. edit. Ritter; bey Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 352. und bey Wenck Cod. Theod. libri V. prior. pag. 183.

ſollten [99]). Ob dieſe Conſtitution auf eine beſtimmte Art von Unmündigen, etwa blos auf die Kinder der personae illustres, habe beſchränkt ſeyn ſollen, iſt aus der Conſtitution ſelbſt, ſo wie ſie in dem theodoſianiſchen Codex nach Gothofredus und Hugo geleſen wird, nicht zu erſehen [100]). Bey beyden lautet ſie ſo.

Illustris Praefectus urbis, adhibitis Decemviris e numero Senatus amplissimi, et Praetore clarissimo viro, qui tutelaribus cognitionibus praesidet, tutores curatoresve ex quolibet ordine idoneos faciat retentari.

Es läßt ſich auch aus den Worten *ex quolibet ordine* keineswegs mit Gothofredus folgern, daß dieſe Conſtitution ſich blos auf Kinder aus dem Stande der Senatoren beziehe. Denn ohne Zweifel wollen die angeführten Worte weiter nichts ſagen, als daß bey Beſtellung der Vormünder nicht auf den Stand derſelben Rückſicht genommen werden ſolle, weil es bey Vormündern nur hauptſächlich auf Treue und Redlichkeit ankommt. Dieſer Grund allein reicht alſo nicht hin, die Lesart zu ändern, und Statt illustris vielmehr illustribus zu

99) Zimmern Geſch. des R. Priv. Rechts 1. B. §. 235. S. 886. glaubt, daß durch dieſe Conſtitution der Praefectus urbi zuerſt die ihm hier mit dem Prätor eingeräumte Competenz erhalten habe, und daher die *L.* 45. §. 3. *D. de Excusat.* in Rückſicht des theodoſiſchen Geſetzes interpolirt ſey. Ich habe ihm hierin nicht beytreten können.

100) S. von Löhr Ueberſicht der das Privatrecht betreffenden Conſtitutionen der Röm. Kaiſer von Conſtantin I. bis auf Theodos II. und Valent. III. (Wetzlar 1811.) S. 71. Not. 1.

leſen, obwohl Gothofredus und Hugo dieſe Lesart vorziehen, und Wenck ſie wirklich in ſeiner Ausgabe angenommen hat [1]). Denn der Titel illustris war dem Praefectus urbi eigen, wie aus der gleich nachher folgenden Conſtitution derſelben Kaiſer, *L. 4. C. Th. de tutorib. et curatorib. creand.* erhellet. Wer ſollte aber glauben, daß die Kaiſer dem Praefectus urbi den ihm gebührenden Titel beyzulegen unterlaſſen haben ſollten, da ſie dem Prätor das Prädicat eines clarissimi viri geben? Dann ſpricht aber auch dagegen offenbar das Ende der eben angeführten Conſtitution derſelben Kaiſer, welche von der Tutel der Mutter über ihre unmündigen Kinder, und deren Qualification handelt. Hier heißt es:

Quod si feminae tutelas refugerint, et praeoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris *Praefectus urbi*, adscito *Praetore*, *qui impertiendis tutoribus praesidet*, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine, per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt.

In dem juſtinianeiſchen Coder iſt freylich jene Verordnung der Kaiſer Valentinian, Theodos, und Arcadius, allein ohne Zweifel durch Interpolation, blos auf die Kinder der illustres beſchränkt, und daß ſie wirklich blos darauf allein beſchränkt ſeyn ſolle, iſt ſchon in der Ueberſchrift des Titels angedeutet worden, in welchem ſie ihren Platz erhalten hat. Es iſt nämlich jetzt die *L. 1. Cod. de tutoribus vel curatoribus illustrium, vel clarissimarum personarum.* (V. 30.). Die Worte lauten

1) Man ſehe hier *Jac.* Cujacii Recitatt. solemn. in Cod. ad Tit. 33. Lib. V.

eben ſo, wie ſie oben aus dem theodoſianiſchen Codex ſind angeführt worden, nur daß, ſtatt illustris, *illustribus*, nämlich in Beziehung auf die Kinder, geändert worden iſt [2]). Hieraus erklärt ſich nun auch der von vielen mißverſtandene Text der Inſtitutionen [3]), wenn es nämlich §. 4. *h. t.* heißt:

Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem Praefectus urbi, vel Praetor, *secundum suam iurisdictionem:* in provinciis autem Praesides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus iussu Praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.

Denn offenbar beziehen ſich die Worte *secundum suam iurisdictionem* auf die Competenz in Rückſicht der Perſonen, denen der Praefectus urbi, und denen der Praetor Tutoren geben konnte, ſo wie ſie auch Theophilus erklärt hat [4]). In der griechiſchen Paraphraſe heißt es nämlich:

2) So ſind auch die Worte: *super cuius nomine, solemnitate servata, postea per Praetorem interponatur decretum*, und die ganze Schlußperiode: *In provinciis autem curiales — indemnitati minorum obnoxias etiam suas deinceps esse facultates*, offenbar aus andern verloren gegangenen Geſetzen interpolirt, wie Beck cit. loc. pag. 184. Nott. f. et l. richtig bemerkt hat.

3) Man vergl. hier vorzüglich *Ge. D'* Arnaud Variar. Conjecturar. iuris civ. (*Leovard.* 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. pag. 86. sq. und *Jo. Bern.* Koehler Animadversion. ad quaedam Institution. loca. adj. Justiniani Instit. ex rec. *Cujacii* ab eo edit. pag. 224. ad h. §. 4. de Atil. tut.

4) *Em.* Merillius Comment. ad §. 4. J. de Atil. tut. nimmt das Wort *iurisdictio* hier für officium ius dicen-

Διὰ τοῦτο δὲ εἶπον κατὰ τὴν οἰκείαν ἰουρισδικτιόνα, ἐπειδή εἰσί τινες, οἷς ὁ ἔπαρχος, οὐ μὴν ὁ πραίτωρ, δύναται χειροτονεῖν ἐπίτροπον. i. e. *Ideo autem dixi,* SECUNDUM SUAM JURISDICTIONEM, *quoniam sunt quidam, quibus* PRAEFECTUS, *non* PRAETOR, *tutorem constituere potest.*

§. 1317. a.

Justinianeisches Recht. §. 5. *J. de Atiliano tutore.*

Bey dieser Verfaßung, daß in Rom der praefectus urbi nebst dem Prätor den Kindern der personae illu-

tis, zu welchem Ulpian *L.* 1. *D. de iurisd.* (II. 1.) auch pupillis non habentibus tutores constituere, rechnet. Nach dieser Erklärung hieße also *secundam suam iurisdictionem* so viel, als nach den Gränzen seiner Amtsgewalt, vermöge welcher der Prätor nur solchen Pupillen, die seiner Jurisdiction unterworfen waren, die also nicht zu den personae illustres gehörten, Vormünder geben konnte, da für die Bevormundung der illustres der Praefectus urbi zu sorgen hatte. So haben auch diese Worte richtig erklärt, jedoch ohne an den Theophilus zu denken, *Jul.* Pacius Analys. Institut. h. t. §. 4. *Ant.* Matthaei Comm. ad §. 4. J. h. t. Westenberg Div. Marcus. Diss. XI. § 9. und *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Comment. ad Inst. h. t. §. 4. Not. a. pag. 173. Erst *Ant.* Quintanaduegna de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. IX. nr. 3. (in *Thes. Meerman* Tom. II. pag. 250.) nahm den Theophilus zu Hülfe. Er sagt: *Quod* Justinianus *ait, Praefectum urbi et Praetorem tutores dare* SECUNDUM JURISDICTIONEM SUAM, *idem est, ac secandum id, quod eis lege iniunctum est. Ille ut illustrium, hic ut ceterorum filiis tutores det, secundam finem et modam officii sui* §. Hoc iure J. de Atiliano tutore. *Ita fere* Theophilus, *cuius sententia sic explicanda est.*

stres und clarissimae, anderen Pupillen aber der Prätor allein, in den Provinzen hingegen die Praesides ex inquisitione, überdem, jedoch nur auf deren iussus, d. h. unter ihrer Auctorität, die Municipal-Obrigkeiten, nämlich die Duumvirn, und Defensoren des Volks, Vormünder bestellten, blieb es im Ganzen auch unter Justinian, wie die Worte des §. 4. *J. h. t.* Sed hoc iure utimur, beweisen. Merkwürdig ist sowohl das Verfahren, welches bey der Bestellung der Vormünder in dem theodosischen Gesetz, so wie es in dem Just. Codex interpolirt worden, dem Präfectus in Rom vorgeschrieben ist, nämlich daß unter mehreren, welche zu Vormündern ernannt werden sollen, einem, den das Consilium für den würdigsten hält, die Verwaltung übertragen, und dieser vom Prätor durch ein Decret bestätigt werden soll; als auch der Unterschied, der in dieser Constitution zwischen den Obrigkeiten in Rom und den Decurionen in den Provinzen bey der Bestellung der Vormünder für die Kinder der clarissimarum personarum gemacht wird, nämlich daß jene wegen der Ernennung nicht verantwortlich seyn, während diese mit ihrem eigenen Vermögen für den Vormund haften sollten [5]).

Allein Justinian verordnete, daß in dem Falle, da das Vermögen der Pupillen oder Minderjährigen nicht über 500 solidi beträgt, bey Ernennung der Vormünder in den Municipal-Städten nicht mehr, wie vorher, die iussio oder Anweisung des Präses der Provinz einzuholen und zu erwarten nöthig seyn solle; sondern es sollten auch ohne dieselbe, die Defensores civitatum, so wie

5) S. Cujacius Recitation. solenn. in Cod. Lib. V. T. 33. in fin.

auch andere Municipal-Obrigkeiten, (Duumviri) und der Juridicus in der Stadt Alexandrien, jedoch mit Zuziehung des Biſchofs, oder anderer öffentlicher Perſonen, welche an dem Orte vorhanden ſind, Vormünder beſtellen können [6]).

Die Conſtitution ſelbſt iſt die *L.* 30. *Cod. de episcopali audientia*, welche in der Spangenbergiſchen Ausgabe [7]) folgendermaſſen lautet.

Θεσπίζομεν, ταῖς κηδεμονίαις τῶν νεών, εἴτε τῆς πρώτης εἴτε τῆς δευτέρας εἶεν ἡλικίας, ἢ καὶ ἕτεροί τινες, οἷς ὁ νόμος δίδωσι κηδεμόνας, εἴπερ ἄχρι πεντακοσίων χρυσῶν καὶ μόνον τὰ τῆς περιουσίας εἴη τῶν νέων, μὴ τὴν τῶν ἀρχόντων τῶν ἐπαρχιῶν παραμένειν χειροτονίαν, μηδὲ δαπάναις μεγάλαις περιβάλλεσθαι, τῶν ἀρχόντων ἴσως, οὐδὲ ἐνδημόντων ταῖς πόλεσι ἐκείναις ἐν αἷς προϊέναι τὴν κηδε-

Sancimus, in curationibus iuniorum, sive primae, sive secundae sint aetatis, aut alii quidam, quibus lex dat curatores, si quidem usque ad quingentos aureos et solummodo facultates sint iuniorum, non Praesidum provinciarum exspectare creationem, neque impensis maximis subiici, Praesidibus forte neque morantibus in urbibus illis, in quibus prospici curationi contingit, sed

6) S. Westenberg Divus Marcus. Diss. XI. §. 8. (*Opp.* Tom. III. pag. 126.)

7) Contius hat ſie reſtituirt, und ins Lateiniſche überſetzt. Die griechiſche Conſtitution befindet ſich in *Theod.* Balsamonis Collect. ecclesiasticar. Constitution. Lib. I. Tit. 4. Const. 30. (in *Biblioth. iuris canon. vet.* studio *Guil.* Voelli et *Henr.* Justelli Tom. II. pag. 1279.)

μονίαν συμβαίνει· ἀλλὰ παρὰ τῷ τῆς πόλεως ἐκείνης ἐκδίκῳ, ἢ στρατηγῷ, κατὰ τὴν τῶν Ἀλεξανδρέων παρὰ τῷ ταύτης Ἰουριδίκῳ, ἅμα τῷ θεοφιλεστάτῳ ταύτης ἐπισκόπῳ, ἢ καὶ δημοσίοις προσώπαις, εἴγε εὐπορίη τούτων ἡ πόλις, γίνεσθαι τὰς χειροτονίας τῶν κηδεμόνων.

apud civitatis illius Defensorem, aut magistratum municipalem, vel in Alexandrina civitate apud eius Juridicum, una cum religiosissimo eius Episcopo, aut aliis etiam publicis personis, si harum copiam habeat civitas, fieri creationes curatorum, seu tutorum.

Dieß iſt diejenige Conſtitution, worauf Juſtinian in ſeinen Inſtitutionen §. 5. *de Atiliano tutore* verweiſt. So wie jedoch der Text nach der gewöhnlichen Lesart lautet, ſtimmt die hier vorkommende Relation mit dem Inhalt der angeführten Conſtitution nicht überein. Es heißt nämlich daſelbſt.

Nos autem per Constitutionem nostram et huiusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata iussione Praesidum disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, Defensores civitatum, una cum eiusdem civitatis religiosissimo Antistite, *vel alias publicas personas*, id est, Magistratus, vel Iuridicum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum eiusdem Constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

So leſen nicht nur alle Ausgaben, ſowohl gloſſirte, z. B. von Raberger, Baptiſta de Tortis, Hugo a Porta, Petit, Baudoza u. a., als nichtgloſſirte

von Cujaz, Haloander, Ruſſard, Charondas, Contius, Gebauer, Bucher u. a., ſondern auch die Commentatoren, Bröus, a Coſta, Vultejus, Vinnius, Ev. Otto, Em. Merillius, und Pacius. Allein ſchon Cujaz [8]) und Fabrot [9]) haben bemerkt, daß die Lesart: *vel alias publicas personas, id est, magistratus,* offenbar unrichtig ſey. Denn nach dieſer Lesart wären ja die *personae publicae* die Municipal-Obrigkeiten ſelbſt, da ſie doch nur von den Defensores, Duumviri, und dem Iuridicus Alexandriae bey Ernennung der Vormünder zu Hülfe genommen werden ſollen, wie Juſtinian in der *L.* 30. *C. de episcop. audient.* vorgeſchrieben hat. Derſelben gemäß müſſe alſo vielmehr: *vel aliis publicis personis, vel magistratum, vel Iuridicum* geleſen werden. Dieſe Lesart haben auch Biener und Beck in ihren Ausgaben angenommen. Dieſe verbeſſerte Lesart befreundet ſich zwar auch inſoweit mit der Paraphraſe des Theophilus, als daſelbſt die personae publicae nur als beyzuziehende Gehülfen der Defenſoren bey Beſtellung der Vormünder angeſehen werden. Allein wenn daſelbſt dieſe personae publicae von magistratus (i. e. municipales) oder auch von dem Iuridicus der Stadt Alexandrien verſtanden werden wollen, ſo iſt dieſes der Verordnung des Kaiſers Juſtinian ganz zuwider. Theophilus ſpricht ſich folgendermaſſen aus.

Ο δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς δικεία διατάξει τὰς

8) Notae priores ad Institut. ad h. §.

9) Notae ad *Theodori* Balsamonis Constitution. ecclesiaticar. Collection. ad Tit. 4. Lib. I. L. 30. (in Vorelli et Justelli *Bibliotheca iuris canon. vet.* Tom. II. pag. 1397.) und ad Theophili paraphr. graec. h. t. nach der Ausgabe von Reitz Tom. I. pag. 168. Not. y.

τοιουτοτρόπους τῶν ἀνθρώπων δυσκολίας ἐκτέμνων, προσέταξε τοὺς ἐκδίκους τῶν πόλεων, τὴν τῶν ἀρχόντων οὐκ ἀναμένοντας κέλευσιν, ἐν ᾧ ἡ τοῦ ἀνήβου, ἤγουν τοῦ ἀφήλικος ὑπόστασις ἕως φ΄ νομισμάτων ἐστὶν, ἅμα τῷ τῆς πόλεως εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ, συνόντων καὶ ἑτέρων δημοσιευόντων προσώπων, τουτέστι στρατηγῶν, ἢ ἐν Αλεξανδρείᾳ τοῦ Ιουριδίκου, ἐπιτρόπους ἢ κουράτωρας χειροτονεῖν. i. e. *Verum noster Imperator sua constitutione huiuscemodi hominum difficultates resecans, iussit Defensores civitatum, haud exspectantes Praesidum iussum, quando pupilli vel minoris patrimonium usque ad quingentos solidos valeat, una cum religiosissimo civitatis Episcopo, praesentibus etiam aliis personis publicis, id est, magistratibus, aut in Alexandriae urbe Iuridico, tutores vel curatores constituere.*

Theophilus macht also hier die Duumviri und den Iuridicus Alexandriae zu Gehülfen der Defensoren, welche doch vermöge der Constitution selbst Vormünder zu ernennen berechtiget sind, obwohl mit Zuziehung des Bischofs der Stadt oder anderer öffentlicher Personen. Daß Justinian die Constitution in den Institutionen abgeändert haben sollte, ist nicht zu glauben, und da man den Theophilus wohl zutrauen kann, daß ihm die Constitution des Justinian bekannt gewesen seyn müsse, so ist der sich hier findende Widerspruch unerklärbar [10]).

10) S. Gebauer Diss. cit. de actione tutelae adv. Magistratus. §. VI. Not. b. und *Jo. Bern.* Koehler Animadversiones ad quaedam Instution. loca. ad §. 5. J. de Atil. tut. adj. *Instit.* ex rec. *Cujacii* ab Eo edit. pag. 224.

Ich bemerke hier nur noch Folgendes zur Erläuterung der angeführten Constitution.

1) Die Defensores civitatum [11]), welche in unserer Constitution, und vom Theophilus ἐκδικοὶ τῶν πόλεων genennt werden, auch Defensores locorum [12]) heißen, erschienen, als ein neuer Magistrat in den Municipalstädten, zuerst im vierten Jahrhundert, zur Zeit der Kaiser Valentinian und Valens [13]). Ihr Hauptgeschäft war Schutz der Einzelnen, besonders der ärmern Volksklasse, gegen die Bedrückungen der Statthalter, und die Erpressungen der Susceptorum bey Eintreibung der öffentlichen Abgaben, und besonders des Getraides [14]).

11) Man vergleiche hier vorzüglich Frid. Carl von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 1. B. (Heidelberg 1815.) Kap. 2. S. 63. ff. und *Frid.* Roth de re municipali Romanorum. Lib. II. Cap. 3. §. 24. et 25.

12) *L.* 3. *Cod. de defensor. civit.* (I. 55.) und *L. ult. Cod. de iudiciis.* (III. 1.)

13) *L.* 1. *C. de Defensorib. civitat.* (I. 55.) S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 1. Cod. Theod. eodem. (Tom. I. Cod. Theod. pag. 69.) und *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipiorum. Cap. VIII. §. 4. pag. 283. Defensores kommen zwar schon vor Valentinian in den Pandecten vor, aber nur als solche Personen, welche einzelne vorübergehende städtische Geschäfte, als Syndici, als Curatores, besorgten. *L.* 1. §. 13. *D. Quando appelland. L.* 1. §. 2. *L.* 18. §. 13. *D. de munerib.* S. Roth lib. cit. §. XXIV. Not. 180. pag. 101.

14) *L.* 3. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 6. *Cod. de Defensorib. civit. L.* 10. *C. de Susceptorib. Jac.* Gothofredus ad L. 23. *C. Theod.* de Susceptor. (Tom. IV. pag. 587. edit. *Ritter.*)

Daher werden ſie auch Defensores plebis genennt [15]), und konnten wegen ſolcher Ungerechtigkeiten, an die Oberbehörden, die Praefecti praetorio, magistri equitum et peditum, auch die magistri officiorum Bericht erſtatten [16]). Zugleich hatten ſie aber auch eine untergeordnete Civiljurisdiction erhalten, welche Anfangs nur in geringeren Sachen bis zu 50 Solidi [17]), ſeit Juſtinian aber bis zu 300 Solidi competent war [18]). Juſtinian erhob die Defenſoren zu wahren Magiſtraten, (ἄρχονται) [19]). Er gab ihnen auch einen Exceptor und zwey Officialen [20]). Die Appellation gieng von ihnen an den Statthalter [21]), deſſen Stelle ſie auch in Abweſenheit deſ-

15) *L. un. C de officio Juridici.*

16) *L. 8. C. de Defens. civ.*

17) *L. 1. C. eod.*

18) *Nov. Justinian. XV. Cap. 3. §. 2.* Dieſe 300. Solidi, den Solidus ſeit Conſtantin zu 1½ Ducaten gerechnet, betrugen die Summe von 400. Ducaten, Römiſch 30000. Seſterzien. S. von Savigny a. a. O. Not. 141. S. 65.

19) *Nov. XV. Cap. 1. pr.* — adeo ut cuiusque civitatis Defensor, *magistratus* magis, quam defensor videatur.

20) *Nov. XV. Cap. 3. §. 1.* Julianus *Epit.* Novellar. Const. XXX. Cap. 105. hat es ſo überſetzt: *Habeat ex praesidali apparitione unum* exceptorem *et duo* apparitores. Exceptor war die allgemeine Benennung für die Secretäre aller öffentlichen Behörden. S. Panciroli Notitia Dignitatum Orient. Cap. XIX. pag. 36. sq. Cramer Supplem. ad *Brisson.* de Verbor Signif. (*Hil.* 1813. 4.) pag: 22. Not. 8. und von Savigny Geſch. 1. B. Kap. 2. S. 48.

21) *Nov. XV. Cap. 5. pr.*

ſelben vertraten [22]). Das Amt der Defenſoren dauerte jedoch unter Juſtinian nicht mehr fünf Jahre, ſondern nur zwey [23]). Dieſe Defenſoren waren es nun auch, welchen das Recht zuſtand, den Unmündigen oder Minderjährigen in ihrer Stadt Vormünder zu geben, jedoch nur dann, wenn das Vermögen derſelben ſich bis auf 500 solidi belief [24]). Ein gleiches Recht hatten

2) auch die στρατηγοὶ. Darunter werden überhaupt magistratus municipales, hier aber inſonderheit die Duumviri [25]) verſtanden, welche daher ſchlechthin

22) *Nov. XV. Cap.* 3. §. 1. Magistratuum locum impleant, et maxime quando absunt, ut, cum Praesides provinciarum absunt, nihil civitatibus, ipsis praesentibus, deesse videatur.

23) *Nov. XV. Cap.* 1. §. 1. Imperet vero solum *per biennium*, et tum a munere removeatur.

24) Dieſes beträgt, den Solidus zu 1½ Ducaten gerechnet, 600. Ducaten. Römiſch 50000. Seſterzien. S. *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 5. J. de Atil. tut. Unrichtig haben wohl unſtreitig *Jan. a* Costa Com. ad §. 5. J. de Atil. tut. und *Ant.* Contius in Notis in Tit. 20. Libri I. Instit. (*Opp. ab Em.* Merillio editor. pag. 641. 4.) die Worte: *usque ad quingentos solidos* verſtanden, wenn ſie ſolche durch *citra* quingentos aureos erklären, und das *usque* hier exclusive nehmen wollen.

25) S. *Ant.* Augustinus ad Modestinum de Excusationibus ad L 6. §. 16. D. eod. (in *Thes. J. R. Otton.* T. IV. pag. 1580. sq.) Inſonderheit von Duumviris, *Guid.* Pancirolus de magistratibus municipalibus. (*Genevae* 1623. *f.*) Cap. VIII. pag. 7. sq. Roth de re municipali Rom. Lib. II. Cap. 3. §. 19 — 21. und von Savigny Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 27 — 29. und S. 51 — 63.

magistratus genennt werden [26]). Dieſe Duumvirn hatten in den Municipalſtädten die Direction des Senats [27]), und waren mit der Rechtspflege beſchäftiget [28]). Von der letztern, als Hauptgeſchäft dieſer Magiſtratur, erhielten ſie den Namen Duumviri iuri dicundo, der beſonders in den Inſchriften häufig vorkommt [29]). Auſſer Italien hatten ſie aber die Gerichtsbarkeit nur in den privilegirten Städten mit ius Italicum [30]). Da nun dem magistratus die Jurisdiction zugeſchrieben wird; ſo ſteht der Name *Duumvir* und *Magistratus* abwechſelnd neben einander [31]).

26) *L.* 1. *et* 2. *C. de magistr. municip.* und Theophilus *Paraphr. gr.*

27) S. von Savigny S. 56. Die Duumvirn hatten daher unter den Decurionen den erſten Rang. *L.* 1. *D. de albo scrib.* (L. 3.) In ihre Hände war summa reipublicae gelegt. *L.* 14. *D. ad Municipal.* S. *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XII. §. 6. pag. 426. sq.

28) S. von Savigny S. 30. ff.

29) Z. B. bey Doni Class. V. Nr. 42. 83. 84. In den Inſcriptionen werden die Duumvirn auch Praefecti iuri dicundo genennt. S. *Jac.* Gutherius de Officiis domus Augustae. Lib. I. Cap. 8. pag. 29. Allein eigentlich waren die Praefecti iuri dicundo eine Ausnahme von der Regel. Sie kamen bloß in einzelnen Städten als Surrogat der Duumvirn vor, wurden jedes Jahr neu in Rom ernannt, und der Stadt zugeſchickt. Festus voc. *Praefecturae.* Livius. XXVI. 16. Cicero *ad Famil. Lib. XIII.* Epist. 11. S. von Savigny S. 39. f.

30) S. von Savigny S. 51. f. beſonders S. 62. ff.

31) *L.* 4. §. 3. *et* 4. *D. de damno infecto.* (XXXIX. 2.) *L.* 18. *Cod. de Decurionib.* (X. 31.) Daher werden auch in der *L.* 30. *C. de episc. aud.* unter στρατη-

Sie werden ſogar Conſuln genennt [32]), und in der That konnte auch dieſe höchſte Magiſtratur der italiſchen Städte mit dem Röm. Conſulate vor Abſonderung der Prätur verglichen werden [33]), da die Duumvirn ſowohl den Vorſitz im Senat, mit den übrigen Amtsgeſchäften der Conſuln [34]), als auch die fasces mit denſelben gemein hatten [35]), ſo wie auch die Dauer ihres Amts, welche ſich hier ebenfalls nur auf ein Jahr beſchränkte, und die Zahl derſelben der der Röm. Conſuln gleich war [36]). Ihre Jurisdiction, welche urſprünglich unbeſchränkt war, ward in der Folge auf eine beſtimmte Summe feſtgeſetzt [37]). Beſondere Vorſchriften über die Grenzen derſelben kommen jedoch in den Fragmenten des Röm. Rechts, ſo wie in den Röm. Claſſikern, nicht vor [38]). In Sachen, die zur

γοὶ, magistratus; gewiß keine andern Municipalmagiſträte verſtanden, als die *Duumviri.*

32) S. von Savigny. S. 29.

33) von Savigny. S. 27. a. E.

34) S. *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 63. sqq.

35) Cicero *Orat. II. de lege agrar. contra Rullam ad Populum.* cap. 34. S. Pancirolus cit. libr. Cap. VIII. pag. 8. und Otto Cap. XIII. §. 9. pag. 485. sqq.

36) *L.* 13. *D. ad municipal. L.* 13. *C. de Decurion. L.* 1. *C. Th. Quemadmod. munera civil. indicant.* (XII. 5.)

37) Paulus *Sentent. Recept. Lib. V. Tit.* 5. §. 1. Nach der *Lex Galliae cisalpinae* war in einigen Sachen die Jurisdiction der Duumvirn unbeſchränkt, in andern beſchränkt. S. von Savigny S. 35. f.

38) Vielleicht bis zu 300. Solidi. Denn bis ſoweit hatte Juſtinian die Gränzen der Jurisdiction der Defenſoren bezeichnet *Nov. XV. Cap.* 3. §. 2. Wegen der

Competenz ihrer Gerichtsbarkeit gehörten, machten nun die Duumvirn das Gericht erster Instanz aus; von ihnen gieng die Appellation an den Beamten des Kaisers, welcher dagegen in Sachen, welche mehr als die vorgeschriebene Summe betrugen, die erste Instanz hatte [39]). Jedoch konnten auch die Duumviri in Sachen grösserer Summen sprechen, wenn es mit Uebereinkunft der Partheyen geschahe [40]). In der Lex Galliae cisalpinae [41]) wird ihnen sogar ein imperium et potestas zugeschrie-

Gleichstellung derselben mit den Magistraten ist es nicht unwahrscheinlich, daß dieses eben die Summe war, worauf die Municipalmagistrate in irgend einer frühern Zeit sprechen durften. S. von Savigny angef. Geschichte des R. R. 1. B. 2. Kap. Not. 141. S. 55. Man könnte vielleicht, weil sie den Pupillen, deren Vermögen sich bis auf 500. solidi belief, Vormünder geben konnten, schließen, sie hätten auch bis auf so hoch Recht sprechen können. Allein darauf hat schon Cujacius in Exposit. Nov. XV. geantwortet: longe aliam esse rationem eorum, quae legis, et eorum, quae iurisdictionis sunt: tutoris dationem legis esse, causarum cognitionem iurisdictionis.

39) *L.* 1. *et* 3. *Cod. Theod. de reparationib. appellation.* (XI. 31.) Unter dem Namen Magistratus werden auch hier die Duumviri verstanden, wie *Jac.* Godofredus in Comment. ad L. 1. cit. Tom. IV. pag. 293. edit. *Ritter.* bemerkt hat.

40) *L.* 28. *D. ad Municipal.* Paulus *libro I. ad Edictum.* Inter convenientes et de re maiori apud magistratus maiores agetur.

41) *Column. I. Cap. XX. in fin.* (in Hugo civilist. Magazin. 2. B. Nr. XX. S. 446.) Neve quis magistratus, *pro quo imperio potestateque erit*, intercedito.

ben, sie hatten in früheren Zeiten auch ein Tribunal, als Zeichen höherer Würde [42]). Allein alles dieß hat sich in der Folge geändert [43]). Ihre Jurisdiction blieb ihnen zwar, jedoch auf eine nicht genannte Summe beschränkt, die nur durch Uebereinkunft der Partheyen überschritten werden durfte [44]), auch ohne imperium und potestas, welches nur den magistratus maiores zugeschrieben wird [45]). Daher sagt Paulus *libro I. ad Edictum* [46]): Ea, *quae magis imperii sunt*, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Eben deswegen konnten sie nicht in integrum restituiren, keine missio in bona verfügen [47]), noch sonst etwas vornehmen, was zum imperium gehörte [48]), ausser im Falle dringender Eile aus besonderm Auftrage der höhern Magistrate, unter welchen sie standen, z. B. des Prätors, oder Präses [49]). Ein Tribunal wird ihnen auch nicht mehr zugeschrieben [50]); und wenn die Kaiser Arcadius und

42) Suetonius *de claris Rhetor.* Cap. 6. S. auch die *Inscriptio Veronensis* bey Reinesius Clas. VI. Nr. 44. und Otto cit. lib. Cap. XIII. §. 2. pag. 417. besonders von Savigny Gesch. 1. B. S. 36.

43) S. von Savigny a. a. O. S. 37. f.

44) *L.* 11. *D. de iurisdict. L.* 28. *D. ad Municip.*

45) *L.* 32. *D. de Injur. L.* 26. §. 2. *D. Ex quib. caus. maiores. Ev.* Otto cit. libr. Cap. XIII. §. 2.

46) *L.* 26. *D. ad Municipal.*

47) *L.* 4. *D. de Jurisdict. L.* 26. §. 1. *D. ad Municipal.*

48) *L.* 4. §. 4. *D. de damno infecto.*

49) *L.* 1. *L.* 4. §. 3. *D. eodem.*

50) *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municip. Cap. XIII. §. 2. pag. 445. und *Ger.* Noodt de Jurisdict. et Imper. Lib. I. cap. 3.

Honorius[51]) dem Duumvir verbieten, extollere *potestatem fascium* extra metas territorii propriae civitatis, so wird damit nur noch bildlich ihre Amtsgewalt bezeichnet[52]). Es fand auch die zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit nur von den höhern Magistraten gegen die Verächter derselben zu gestattende Pönalklage bey diesen nicht Statt[53]). Nur das Recht Geldstrafen zu erkennen (ius mulctae dicendae)[54]), so wie die pignorum capio[55]) blieb ihnen, und eben so behielten sie das Recht, unter der oben angegebenen Einschränkung Vormünder zu ernennen.

Waren die genannten Municipal-Magistrate, welche zur Ernennung der Vormünder autorisirt waren, abwesend, so mußte die Curie selbst, d. h. der ordo Decurionum die Vormünder bestellen[56]). Hier entschied dann die Majorität. Unsere Constitution gedenkt endlich

3) auch noch des Juridicus Alexandriae. Die Stadt Alexandrien in Aegypten zeichnete sich vor andern

51) *L.* 53. *Cod. de Decurion.* (X. 31.)

52) S. Roth de re municip. Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 21. Not. 156.

53) *L.* 1. *pr. D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 270.

54) *L.* 131. §. 1. *D. de Verbor. Signific. L. un.* §. 1. *et* 2. *D. de via publica, et si quid in ea.* (XLIII. 10.) S. *Jos.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. I. Cap. 4. nr. 32. und Roth cit. libr. §. 20. pag. 92. sq.

55) *L.* 29. §. 7. *D. ad Leg. Aquil.*

56) *L.* 19. *D. h. t.* Paulus *libr. XVI. ad Plautium.* Ubi absunt hi, qui tutores dare possunt; Decuriones iubentur dare tutores: dummodo maior pars conveniat.

Municipalstädten dadurch aus, daß sie keine Duumviri hatte. Statt ihrer hatte sie ihren eigenen Richter, welcher *Juridicus*, δικαιοδοτης, genennt wird. Jedoch hatte dieser eine weit größere Gewalt, als die Duumviri. Denn er hatte nicht nur die volle legis actio [57], sondern er konnte auch in allen und jeden Civilsachen, auch den wichtigsten, Recht sprechen, während die Jurisdiction der Duumviri bis zu einer gewissen Summe beschränkt war [58]. Strabo [59] schreibt ihm daher maxima in iudicibus potestas zu. Er wurde auch nicht, wie die Duumviri, vom ordo Decurionum gewählt, sondern vom Kaiser selbst gesetzt. Denn Alexandrien hatte Anfangs gar nicht die städtische Verfassung anderer Municipien, sondern stand unter Königen, als K. August den Antonius besiegte, und ganz Aegypten in die Gewalt der Römer kam. August, dem die Alexandriner, als ein neuerungssüchtiges, und zu Unruhen geneigtes Volk, verhaßt waren, erlaubte ihnen daher nicht, sich einen Senat zu wählen, sondern gab ihnen, weil sie gewohnt waren, unter Königen zu leben, einen sogenannten Juridicus, welcher unter dem Praefectus Augustalis stand [60]. Erst K. Sever

57) *L. 1. D. de officio Juridici Alexandr.*

58) S. *Guid.* Pancirolus de magistratib. municipalib. Cap. VIII. pag. 7. sq. und *Jos.* Averanius Interpretation. iuris Lib. I. Cap. 4. nr. 40.

59) *Rerum Geograph. Lib. XVII.*

60) Dio Cassius *Lib. LI. ad ann.* 724. pag. 455. (edit. *Wechel.* 1606.) *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 192. Cod. Th. de Decurionib. Tom. IV. pag. 553. edit. *Ritter.* Campiani de officio et potestate magistratuum Romanor. ad Tit. Pand. de officio iudici Alexandriae. pag. 449. und *Ant.* Matthaei Commentar. ad §. 6. Inst. de Atil. aut. pag. 461.

gab ihnen das Recht, einen Senat zu wählen, nach der Verfassung der übrigen Städte [61]). Die Decurionen wurden nun selbst von den Kaisern Senatoren genennt [62]), und unter diesen waren besonders fünf von den zehen Prinzipalen, woraus der Senat bestand, unter dem Namen der Summaten oder Primaten vor den übrigen auf mancherley Art privilegirt [63]). Kaiser Marcus Aurelius hatte zwar an die Stelle der vier Consularen, denen Hadrian die Regierung Italiens anvertraut hatte [64]), auch Juridici gesetzt [65]); sie hießen Juridici Italiae. Allein diese dauerten nur bis auf die Zeiten des Kr. Macrinus, unter welchem sie aufhörten [66]). Alexandrien hingegen behielt seinen Juridicus, welcher auch seit Marc

61) Aelius Spartianus *in Severo. Cap. XVII.* Deinde Alexandrinis *ius buleutarum* dedit, qui sine publico consilio, ita ut sub Regibus ante vivebant, uno iudice contenti, quem Caesar dedisset. *Jus buleutarum* ist hier nichts anders, als ius Senatum habendi. S. Ruttmanni Index Latinitatis. Voc. *Buleutes.* adj. *Scriptorib. Hist. Aug.* a se concinn. *Lipsiae* 1774. 8.

62) *L.* 19. *Cod. Theod. de petition.*

63) *L.* 90. *Cod. Theod. de Decurion. L.* 57. *Cod. Iust. eodem.* (X. 31.) *L. un. C. de Alexandriae primatib.* (XI. 28.) *L.* 2. *C. Th. de Quaestion. L.* 39. *C. Th. de Episcop.* S. Gothofredus cit. loc.

64) Aelius Spartianus *in Hadriano.* Cap. 21. und Jul. Capitolinus *in Antonino Pio.* Cap. 2. in fin. S. *Jac.* Gutherius de officiis Domus Augustae. Lib. I. Cap. 6. pag. 24.

65) Julius Capitolinus *in M. Antonino Philos. Cap. XI.*

66) S. *Nic. Hier.* Gundling Digesta. P. I. Lib. I. Tit. 20. §. 3 — 5.

Aurel die Bestellung der Vormünder hatte, jedoch nach unser Constitution nur auf dieselbe eingeschränkte Art, wie die Defensoren und Duumvirn. Aus unserer Constitution ergiebt sich ferner,

4) daß nicht blos die Defensoren der Städte, wie es in den Institutionen nach der gemeinen Lesart zu heißen scheint, sondern auch andere Municipal-Obrigkeiten, wie die Duumvirn, und selbst der Juridicus in Alexandrien an den Rath des Stadtbischofs gebunden seyn sollten[67], dessen Mangel nur die Zuziehung anderer öffentlicher Personen[68], wenn deren in der Stadt vorhanden sind, ersetzen soll. Diese magistratus sollen sich denn aber auch

67) Man sehe Walch ad *Hoppii* Commentar. ad §. 5. Inst. de Atil. tut. Not. a. pag. 176. Der Bischof und die Geistlichkeit der Stadt mußte auch bey der Wahl der Defensoren hinzugezogen werden. *L.* 8. *C. de Defensorib. Nov. XV. Epilog.* S. Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 25. pag. 105. Konnte aber nicht der Bischof auch für sich selbst Vormünder ernennen? Ludewig in Diss. differentias iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela exhib. Different. VII. und Not. ee. will es behaupten, und meint, unsere *L.* 30. *C. de episc. aud.* gebe ihm dieses Recht. Allein in der bloßen Zuziehung desselben bey der obrigkeitlichen Bestellung der Vormünder liegt das Recht der Selbsternennung noch nicht. Auch berechtigte ihn dazu die bischöfliche Audienz nicht.

68) Wer diese *personae publicae* seyn sollen, ist nicht weiter bestimmt. Westenberg Diss. Marcus Diss. XI. §. 8. pag. 126. versteht darunter tabularii, wegen *L.* 32. *Cod. de Episc. et Cleric.* Eben so *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. XIX. nr. 32. sqq. mit Beziehung auf *Nov. XCIV.* in Epilog. wo des clarissimi scribae Erwähnung geschieht. Allein der scriba soll

5) die gehörige Caution von den bestellten Vormündern leisten lassen, wobey sie sowohl auf das Vermögen des Mündels als der Bürgen genaue Rücksicht nehmen

nicht bey der Bestellung des Vormundes, sondern nur bey der Errichtung des Inventars zugezogen werden. Richtiger versteht *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 5. J. de Atil. tut. unter den personae publicae obrigkeitliche Personen, dergleichen es ja, ausser den Defensoren, und Duumvirn, in den Städten mehrere gab. Z. B. die Aedilen, Curatoren, Susceptoren, Syndiken, Irenarchen u. s. m. S. Pancirolus de Magistratibus municipalib. und Roth cit. libr. II. Cap. 3. pag. 86 — 106. Ich bemerke nur noch bey dieser Gelegenheit, daß man die *Quinquennales* gewöhnlich mit den Duumvirn für identisch hält. So sollen die Duumviri geheißen haben in den Städten, in welchen das Duumvirat 5 Jahre, nicht wie gewöhnlich nur ein Jahr gedauert habe. Allein diese Idee ist ganz unrichtig. Sie waren vielmehr in den Municipien, was die Censoren in Rom waren, wie *Ev.* Otto de Aedilib. colon. et municipior. Cap. VIII. §. 4. pag. 385. sqq. *Jo. Gottl.* Heinecius Antiquitat. Roman. Append. Lib. I. Cap. 5. §. 123. und besonders von Savigny Gesch. des R. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 43. ff. gezeigt haben. Daraus erklärt sich nun auch der Name, weil diese Würde, nach der Analogie der Röm. Censur, alle 5. Jahre erneuert wurde. Cicero *in Verrem Lib. II. Cap.* 56. Diese Quinquennalen sollten gemeinschaftlich mit den Duumvirn die Freyheit der Aerzte und Professoren vor Municipallasten schützen. *L* 1. *Cod. Th. de medicis* (XIII. 3.) Es ist also auch wohl möglich, daß sie in Ermangelung des Stadtbischofs von den Duumvirn bey Bestellung der Vormünder sind beygezogen worden, zumal da es hier auf den Betrag des Vermögens der Pupillen ankam.

sollen, weil die Cautionsleistung auf ihre Gefahr geschieht[69]). Endlich ist noch

6) zu bemerken, was Justinian am Schlusse der Constitution sagt, nämlich, daß in der Residenzstadt Constantinopel dem Prätor allein das Vormundschaftswesen überlassen seyn sollte. Es heißt nämlich nach der Uebersetzung des Contius: *His, quae in magna hac civitate fiunt, tutelis aut curationibus apud solum clarissimum Praetorem faciendis.*

§. 1318.

Deutsches Recht. Competenz der Obrigkeit.

Die deutschen Rechte weichen hier von dem römischen Rechte ganz ab. Nicht nur in den deutschen Reichsgesetzen[70]), sondern schon in den ältern deutschen Rechtsbüchern[71]) wird es den Obrigkeiten zur Pflicht gemacht, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen zu sorgen. Nach deutschen Rechten gehört also die Bestellung der Vormünder zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Jede Obrigkeit, die auch nur die Civilgerichtsbarkeit hat, kann

69) Daher hatte die so genannte actio subsidiaria nur gegen die Municipal-Obrigkeiten Statt. *L.* 1. *D. de magistrat. conveniend.*

70) Reichspolizey-Ordnung v. J. 1548. Tit. XXXI. §. 1 — 3. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1 — 3.

71) S. *Jo.* Schilter Prax. Jur. Rom. Exercitat. XXXVII. §. 62. sqq. *Christ.* Thomasius Notae ad Institution. Justin. Lib. I. Tit. 20. §. 1. und besonders Heineccius in Diss. de suprema Principum Magistratuumque tutela. §. 9. — 12. (in *Opusculor. varior. Sylloge* pag. 711. sqq.)

demnach Vormünder ernennen[72]), sofern nicht etwa in einem Lande eigene Behörden errichtet worden sind, die sich blos allein mit dem Vormundschaftswesen beschäftigen sollen, welche man denn Pupillen-Collegien, Waisengerichte, Vormundschaftsämter, oder Oberpflegämter zu nennen pflegt[73]). Die Ausübung dieser Ober-Vormundschaft macht einen Theil der freywilligen Gerichtsbarkeit aus[74]). Die Obrigkeit muß jedoch in Rücksicht des Pupillen competent seyn. Competent ist aber derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit der Pupill entweder für seine Person, oder in Rücksicht seiner Güter unterworfen ist[75]). Dieß ist der Vorschrift gemäß, welche uns der

72) *Jo. Pet.* Ludewig Diss. differentias juris Rom. et German. in Atiliana tutela expon. *Halae* 1713. Diff. VI. Not. cc. Freyh. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 31. ff. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 623. S. 140. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 603. Höpfner Comment. über die Heinecc. Institutionen. §. 201. Mittermaier Grds. des gem. deutsch. Privatrechts. §. 370.

73) S. Ludewig Diss. cit. Different. IV. Not. dd. und Mittermaier a. a. O. Not. 2.

74) Müller ad *Struvii* Synt. iuris civ. Tom. II. Exercit. XXXI. Th. 29. Not. β. Nr. IV. und Pufendorf Obs. iur. univ. Tom. II. Obs. 95. §. 1. rechnen die tutoris datio ganz begriffswidrig zur iurisdictio contentiosa.

75) S. *Paul.* Montanus de iure tutelar. et curat. Cap. XX. *Scip.* Gentilis de iurisdictione Lib. I. ad Orationem Divi Marci. Cap. 3. pag. 159. sqq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. Danz Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. B. VII. §. 623. S. 140. Nr. 3. von Weing-

Kaiſer Antoninus giebt, wenn er in der *L. un. C. Ubi petantur tutores vel curatores* [76]) (V. 32.) folgendermaſſen reſcribirt.

Magistratus eius civitatis, *unde filii tui originem per conditionem patris* ducunt, vel *ubi eorum sunt facultates*, tutores vel curatores his quam primum secundum normam perpetuam dare curabunt.

Für ſeine Perſon iſt nun aber der zu bevormundende Pupill derjenigen Obrigkeit unterworfen, unter welcher deſſelben Vater bey ſeinem Ableben ſeinen perſönlichen Gerichtsſtand hatte, es ſey entweder ein forum commune, d. h. ein durch den väterlichen Wohnort begründeter, oder ein privilegirter Gerichtsſtand. Dieß iſt das *forum originis*, welches, wie der Kr. Antonin ſagt, die Kinder per conditionem patris erhalten. Hat der Vater an mehreren Orten einen Wohnſitz gehabt, ſo tritt Prävention ein [77]). Auf den gegenwärtigen blos vorübergehenden Aufenthalt des Mündels [78]) kommt es ſo wenig, als auf die Religion deſſelben an. Auch für unmündige Judenkinder werden daher die Vormünder von der ordentlichen Obrig-

Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 3. B. IV. Buch. §. 155. Weber's Erläuterung der Pand. 2. Th. §. 1318.

76) Man ſehe über dieſes Geſetz *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. T. I. pag. 459. sqq.

77) S. *Mich. Godof.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 445. sq. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 506.

78) *Ge.* Frantzke Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. XVI. nr. 21 — 27. Voet h. t. §. 2. in fin. von Weninge-Ingenheim a. a. O.

keit des Orts bestellt, und der Rabbiner hat kein Recht dazu. Denn wenn gleich den Juden gestattet ist, in ihren bürgerlichen Rechtssachen, da, wo ihre Religion einschlägt, die Entscheidung ihrem Rabbiner zu überlassen; so findet doch dieß in Vormundschaftssachen nicht Statt, weil die Religion der Juden hierauf keinen Einfluß hat [79]). Hat der Richter, dem der Pupill für seine Person unterworfen ist, einen Tutor ernannt, so ist er dieses in Ansehung des ganzen Vermögens des Mündels, wenn auch die Güter ausser den Gränzen des Gerichtsbezirks der vormundschaftlichen Behörde gelegen seyn sollten [80]). Jedoch kann auch der auswärtige Richter für die in seinem Gerichtssprengel gelegenen Güter einen besondern Vormund bestellen, was ihm sogar in dem Falle obliegt, wenn sich der in foro domicilii bestellte Vormund wegen der Entlegenheit, wie er auch kann, excusirt [81]). Ausser diesen Fall hat der Richter des Wohnorts den Vorzug [82]), und hatte der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand, so geht dieser, wie unser Hellfeld behauptet, vor [83]). Sollte keiner dieser Gerichtsstände eintreten, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill gerade zu der Zeit aufhält [84]).

79) S. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XXIX. S. 182 — 203.

80) §. 17. *J. de Excusation.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 4.

81) *L.* 27. *pr. D. h. t. L.* 19. *L.* 21. §. 2. *D. de Excusat.* S. Finestres Hermogenian. pag. 552. sq.

82) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5.

83) Man s. auch Struk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. und Thibaut a. a. O.

84) Struk Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

Da uneheliche Kinder dem Stande der Mutter folgen [85]), so bestimmt der persönliche Gerichtsstand der letztern die Competenz der Vormundschaftsbehörde in Ansehung der Kinder. Nach diesem persönlichen Gerichtsstande, welchen die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte, richtet sich auch das forum originis bey unehelichen Kindern [86]).

Bey ausgesetzten, oder Findelkindern, deren Aeltern unbekannt sind, kommt dem Untergerichte des Orts, wo sie gefunden worden, die Bevormundung zu. Denn dieser Ort wird als ihr Geburtsort angesehen, und begründet das forum originis derselben [87]).

§. 1318. a.

Pflichten des Richters bey Bestellung des Vormundes.

Der Richter hat nun, sobald er erfährt, daß unmündige Kinder da sind, die eines Vormunds bedürfen, dafür zu sorgen, daß ihnen ein Vormund bestellt werde. Eine Aufforderung von Seiten des Oberrichters ist dazu nicht erforderlich, weil die Gesetze selbst den Richter dazu auffordern [88]). Zu dem Ende dürfen dem Richter die Anzeigen der Verstorbenen seines Orts in den öffentlichen Blättern nicht gleichgültig seyn. Auch die Geistlichkeit des Orts muß dem Richter dabey zur Hand gehen [89]). Fällt

85) *L.* 19. *L.* 24. *D. de statu hom.*

86) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 511. S. 262.

87) S. den Commentar a. a. O.

88) Reichs-Pol. Ordnung v. J. 1577. Tit. 32. §. 1.

89) S. *Theod.* Hartmann Exercit. acad. de cautelis tutelarum, praes. *Ge. Sam.* Madihn def. *Francof. ad Viadrum* 1773. 4. §. VI. und Preuß. Land R. 2. Th. 18. Tit. §. 93.

ihm bey der Bevormundung eine Saumniß zur Last, so ist er für den daraus den Unmündigen erwachsenen Schaden verantwortlich[90]). Ist ein testamentarischer, oder gesetzlicher Vormund vorhanden, so muß er ihn nach vorgängiger Untersuchung bestätigen. Fehlt es aber an einer andern Vormundschaft, so hat er selbst den Vormund zu wählen. Bey dieser Wahl hat nun der Richter zuförderst darauf zu sehen, ob die zu Bevormundenden seiner Jurisdiction wirklich unterworfen sind[91]). Hiernächst liegt ihm ob, die Tüchtigkeit des Vormunds zu prüfen[92]). Er darf daher keinen wählen, den die Gesetze[93]), oder den die Aeltern des Mündels verworfen haben[94]). Bey der Prüfung der Tüchtigkeit hat er mehr auf Rechtschaffenheit, guten Ruf, und Geschicklichkeit, als auf Stand und Vermögen der Person zu sehen[95]). Der Richter sey überdem auf gehörige Sicherheitsbestellung des Vormundes bedacht[96]), und säume nicht ein Inventar über das dem Vormunde anzuvertrauende Vermögen des Mündels herstellen

90) *L.* 1. §. 6. *D. de Magistrat. conven.* verbunden mit §. 5. *J. de Atil. tut.*

91) S. Hartmann Diss. cit. §. VII.

92) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Th. IV. B. §. 156.

93) S. §. 1300. und 1301.

94) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.*

95) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* S. *Ant.* Augustinus ad *Modestinum* de Excusat. ad h. L. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1562.) Hartmann cit. Exercitat. §. VIII.

96) Reichs-Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 32. §. 3. Mittermaier angeführte Grundſ. §. 370. Hartmann cit. Diss. §. IX.

Da uneheliche Kinder dem Stande der Mutter folgen [85]), so bestimmt der persönliche Gerichtsstand der letztern die Competenz der Vormundschaftsbehörde in Ansehung der Kinder. Nach diesem persönlichen Gerichtsstande, welchen die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte, richtet sich auch das forum originis bey unehelichen Kindern [86]).

Bey ausgesetzten, oder Findelkindern, deren Aeltern unbekannt sind, kommt dem Untergerichte des Orts, wo sie gefunden worden, die Bevormundung zu. Denn dieser Ort wird als ihr Geburtsort angesehen, und begründet das forum originis derselben [87]).

§. 1318. a.

Pflichten des Richters bey Bestellung des Vormundes.

Der Richter hat nun, sobald er erfährt, daß unmündige Kinder da sind, die eines Vormunds bedürfen, dafür zu sorgen, daß ihnen ein Vormund bestellt werde. Eine Aufforderung von Seiten des Oberrichters ist dazu nicht erforderlich, weil die Gesetze selbst den Richter dazu auffordern [88]). Zu dem Ende dürfen dem Richter die Anzeigen der Verstorbenen seines Orts in den öffentlichen Blättern nicht gleichgültig seyn. Auch die Geistlichkeit des Orts muß dem Richter dabey zur Hand gehen [89]). Fällt

85) *L.* 19. *L.* 24. *D. de statu hom.*

86) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 511. S. 262.

87) S. den Commentar a. a. O.

88) Reichs-Pol. Ordnung v. J. 1577. Tit. 32. §. 1.

89) S. *Theod.* Hartmann Exercit. acad. de cautelis tutelarum, praes. *Ge. Sam.* Madihn def. *Francof. ad Viadrum* 1773. 4. §. VI. und Preuß. Land R. 2. Th. 18. Tit. §. 93.

ihm, bey der Bevormundung eine Säumniß zur Last, so ist er für den daraus den Unmündigen erwachsenen Schaden verantwortlich[90]. Ist ein testamentarischer, oder gesetzlicher Vormund vorhanden, so muß er ihn nach vorgängiger Untersuchung bestätigen. Fehlt es aber an einer andern Vormundschaft, so hat er selbst den Vormund zu wählen. Bey dieser Wahl hat nun der Richter zuförderst darauf zu sehen, ob die zu Bevormündenden seiner Jurisdiction wirklich unterworfen sind[91]. Hierbächst liegt ihm ob, die Tüchtigkeit des Vormunds zu prüfen[92]. Er darf daher keinen wählen, den die Gesetze[93], oder den die Aeltern des Mündels verworfen haben[94]. Bey der Prüfung der Tüchtigkeit hat er mehr auf Rechtschaffenheit, guten Ruf, und Geschicklichkeit, als auf Stand und Vermögen der Person zu sehen[95]. Der Richter sey überdem auf gehörige Sicherheitsbestellung des Vormundes bedacht[96], und säume nicht ein Inventar über das dem Vormunde anzuvertrauende Vermögen des Mündels herstellen

90) *L.* 1. §. 6. *D. de Magistrat. conven.* verbunden mit §. 5. *J. de Atil. tut.*

91) S. Hartmann Diss. cit. §. VII.

92) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Th. IV. B. §. 156.

93) S. §. 1300. und 1301.

94) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.*

95) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.* S. *Ant.* Augustinus ad *Modestinum* de Excusat. ad h. L. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 1562.) Hartmann cit. Exercitat. §. VIII.

96) Reichs-Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 32. §. 3. Mittermaier angeführte Grundsätze §. 370. Hartmann cit. Diss. §. IX.

zu lassen[97]). Er belehre den Vormund von seinen Pflichten, und lasse ihn die treue Erfüllung derselben durch Eid oder Handschlag versprechen, je nachdem es die Gesetze vorschreiben[98]).

§. 1319.

Welche kann die Obrigkeit zu Vormündern ernennen? wie muß die Ernennung geschehen?

Die Obrigkeit darf aber nur solche Personen zu Vormündern bestellen, welche ihrer Jurisdiction unterworfen sind[99]). Sollte es jedoch unter seinen Gerichtsunterthа-

97) Hartmann cit. Exercit. §. XIII. et XIV. Mittermaier a. a. O.

98) Hartmann. §. XI. et XII.

99) *L.* 1. §. *ult. L.* 3. *D. h. t.* besonders *L.* 5. *Cod. Qui dare tutor. vel curator. poss.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren: Neque a Praeside alterius provinciae, neque a Magistratibus municipalibus tutorem ortum ex alia civitate, nec domicilium, ubi nominatur, habentem, iure dari posse ab eo, cuius iurisdictioni subiectus non est, certissimi iuris est. Zwar sagt Ulpian *L.* 10. *D. de tutelis*: Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur. Allein dieß ist kein Widerspruch. Denn es ist hier von einem bloßen *incola* die Rede, welcher zwar in einer Stadt sein Domicilium hat, aber doch nicht civis derselben ist. *L.* 239. §. 2. *D. de Verb. Signif. L.* 1. *C. de incolis.* (X. 39.) Ein solcher incola war aber der nämlichen Jurisdiction unterworfen, unter welcher der municeps stand. *L.* 29. *D. ad Municipalem.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Gentilis de iurisdict. Lib. I. ad Orationem D. Marci. Cap. 3. pag. 161. sq. und Westenberg Div. Marcus. Diss. XI.

nen an tauglichen Subjecten fehlen, so ist der benachbarte Richter zu requiriren [100]), oder das Obergericht anzugehen [1]). Viele behaupten auch, daß ein fremder Gerichtsunterthan zum Vormund bestellt werden könne, wenn dieser damit zufrieden ist, und sich dem Gerichte in Rücksicht der Vormundschaft unterwirft [2]). In diesem Falle muß er denn auch dieses Gericht als Vormund aner-

§. 10. Wer weder als civis, noch incola dem Richter unterworfen war, konnte von demselben wider seinen Willen zum Vormund nicht ernannt werden. *L.* 13. *in fin. D. de Excusat.*

100) *L.* 24. *D. h. t.* Paulus *Lib. IX. Responsor.* Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratuum, *inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque* et nomina Praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare. Von einem solchen Falle erklärt *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 26. §. 2. pag. 557. die in der vorigen Note angeführte *L.* 10. *D. de tutel.* Denn der *non municeps* ist ihm ein municeps alterius civitatis. Diesen konnte der Präses, dessen Imperium sich über alle Städte der Provinz erstreckte, zur Uebernehmung der Tutel nöthigen. Man sehe noch *L.* 1. §. 10. *D. de magistrat. conveniend.* und vergleiche über diese Gesetzstellen, welche zwar von verschiedenen Juristen, (denn die letztere ist von Ulpian) aber gleichen Inhalts sind, Westenberg c. l. §. XIII.

1) S. von Wening-Ingenheim angef. Lehrbuch 3. B. IV. Buch. §. 156.

2) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 13. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 737. (der dritt. Aufl.)

kennen, und kann auch auf Ansuchen desselben zur Erfüllung seiner Pflichten von seiner Gerichtsobrigkeit angehalten werden. Eine solche Prorogation der Gerichtsbarkeit ist den Gesetzen nicht zuwider [3]). Daß der Richter selbst sich nicht zum Vormund bestellen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Ulpian [4]) sagt dieses mit ausdrücklichen Worten. Ob aber nicht das Gericht, wenn es ein Collegium bildet, ein Mitglied desselben zum Vormund ernennen könne, ist eine Rechtsfrage, worüber gestritten wird. Cujaz [5]) findet kein Bedenken, sie zu bejahen. Für diese Meinung sprechen auch deutliche Gesetze. Paulus sagt *libro XVI. ad Plautium* [6]) ausdrücklich: Magistratus municipalis collegam suum quin dare tutorem possit, non est dubium; und an einem andern Orte *libro X. Responsorum* [7]) heißt es: Decreto decurionum et ipsum magistratum curatorem dari potuisse respondi. Dieß behaupten auch die meisten, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [8]). Nur Scipio Gen-

3) Struv. Us. mod. Pand. h. t. §. XI. und besonders *Car. Gottl.* Fürbringer Diss. de tutore alienae iurisdictionis, praeside *Jo. Frid.* Hertel hab. *Jenae* 1739. Sect. V. §. 36 — 38.

4) *L. 4. D. de officio Praetor. L. 5. D. de off. Praesid. L. 4. D. h. t.* Ulpian. *libro IX. ad L. Jul. et Papiam.* Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex.

5) Observation. Lib. VII. Cap. 17.

6) *L. 19. D. h. t.*

7) *L. 3. D. Qui petant tutor. vel curator.*

8) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Malblanc Princip. iuris. Rom. P. II. Sect. post. §. 662. Hofbland Lehr-

des Vermögen zu verwalten; (ἢ δυνάμενοι διοικεῖν ἀλλοτρίαν περιουσίαν). Diese Untersuchung ward jedoch bey den Römern nur von den magistratus maiores erfordert, die magistratus minores, oder municipales musten sich Satisdation bestellen lassen, weil eine solche inquisitio, welche statt der Satisdation dient, nach dem römischen Rechte mehr zum imperium, als zur Jurisdiction gehört [17]). Ea vero, *quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis*, magistratus municipalis facere non potest [18]). Dieser Unterschied fällt

§. 1311. S. 282. erklärt, und gezeigt worden ist, daß der vom Modestin gebrauchte griechische Ausdruck ἀγαθὴ προαίρεσις durch *bona electio* schlecht übersetzt sey; es heißt vielmehr der Wille oder Vorsatz recht zu thun, wie *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 25. §. 4. pag. 555. aus einer Stelle des Aristoteles bewiesen hat.

17) Huber cit. libro. Cap. 26. §. 1. pag. 556. sagt, die Satisdation scheine als etwas Schimpfliches angesehen worden zu seyn, 1) für den Vormund, weil sie einen Verdacht habe beseitigen sollen, Ulpian *L.* 17. *in fin. D. de testam. tut.* gebrauche daher den Ausdruck: *contumeliam satisdationis subire.* Eine solche von dem Vormund zu fordern, habe auch daher 2) unter der Würde des Prätors oder des Präses der Provinz zu seyn geschienen. Allein er giebt doch noch einen andern Grund an, nämlich daß es die Obergerichte bey der Untersuchung, so wie auch noch h. z. T. genauer zu nehmen pflegten, als die Untergerichte. Vielleicht deutet darauf Justinian hin, wenn er *Pr. J. de Satisdatione* sagt: Ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur: *quia idonei electi sunt.*

18) *L.* 26. pr. *D. Ad municipal.*

Gerichtsbarkeit deſſelben unterworfen [12]). Er iſt folglich in allen auf die übernommene Vormundſchaft ſich beziehenden Geſchäften und Angelegenheiten nicht mehr als College zu betrachten, ſondern, wie jeder andere Bürger, dem vormundſchaftlichen Gerichte unterworfen. Daß nach dem röm. Rechte eine Magiſtratsperſon bey ihrem Collegen nicht manumittiren konnte, ſteht uns nicht entgegen, weil der Magiſtrat, welchen die legis actio hatte, vor ſich ſelbſt manumittiren konnte [13]).

Die obrigkeitliche Ernennung des Vormunds muß nun auch auf die in den Geſetzen vorgeſchriebene Art geſchehen, alſo 1) nach vorgängiger Unterſuchung [14]). Worin dieſe Unterſuchung beſteht, darüber belehrt uns Theophilus in ſeiner griechiſchen Paraphraſe [15]). Die Obrigkeit ſoll nämlich unterſuchen a) ob die zukünftigen Curoren wohlhabend ſind; (εἰ ἔυποροί εἰσιν οἱ ἐσόμενοι ἐπίτροποι; b) ob ſie ein ehrbares Leben führen; (εἰ χρηστὸν ἔχουσι βίον [16]) und c) ob ſie im Stande ſind, ein frem-

12) *L.* 14. *D. de iurisdict.* Ulpian., *lib.* 39. *ad Edict.* Est receptum, eoque iure utimur, ut si quis maior vel aequalis subiiciat se iurisdictioni alterius: possit ei et adversus eum ius dici. S. *Osius* Aurelius de variantib. Cujacii interpretationib. Dispunct. V. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. III. pag. 706.)

13) *L.* 5. *D. de manumiss. vind.*

14) *L.* 21. §. 2. 5. *et* 6. *D. h. t.* *L* 7. §. 1. *D. de confirmando tut.*

15) Lib. I. Tit. 20. §. 5.

16) Daß es beym Vormund auf Rechtſchaffenheit und guten Lebenswandel mehr, als auf Stand und Vermögen ankomme, lehrt auch Modeſtin *L.* 22. §. 5. *D. h. t.* welche Stelle ſchon an einem andern Orte, nämlich

des Vermögen zu verwalten; (ἢ δυνάμενοι διοικεῖν ἀλλοτρίαν περιουσίαν). Diese Untersuchung ward jedoch bey den Römern nur von den magistratus maiores erfordert, die magistratus minores, oder municipales musten sich Satisdation bestellen lassen, weil eine solche inquisitio, welche statt der Satisdation dient, nach dem römischen Rechte mehr zum imperium, als zur Jurisdiction gehört [17]). Ea vero, *quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis*, magistratus municipalis facere non potest [18]). Dieser Unterschied fällt

§. 1311. S. 282. erklärt, und gezeigt worden ist, daß der vom Modestin gebrauchte griechische Ausdruck ἀγαθὴ προαίρεσις durch *bona electio* schlecht übersetzt sey; es heißt vielmehr der Wille oder Vorsatz recht zu thun, wie *Ulr.* Hubba Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 25. §. 4. pag. 555. aus einer Stelle des Aristoteles bewiesen hat.

17) Hubba cit. libro. Cap. 26. §. 1. pag. 556. sagt, die Satisdation scheine als etwas Schimpfliches angesehen worden zu seyn, 1) für den Vormund, weil sie einen Verdacht habe beseitigen sollen, Ulpian *L.* 17. *in fin. D. de testam. tut.* gebrauche daher den Ausdruck: *contumeliam satisdationis subire.* Eine solche von dem Vormund zu fordern, habe auch daher 2) unter der Würde des Prätors oder des Präses der Provinz zu seyn geschienen. Allein er giebt doch noch einen andern Grund an, nämlich daß es die Obergerichte bey der Untersuchung, so wie auch noch h. z. T. genauer zu nehmen pflegten, als die Untergerichte. Vielleicht deutet darauf Justinian hin, wenn er *Pr. J. de Satisdatione* sagt: Ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur: *quia idonei electi sunt.*

18) *L.* 26. pr. *D. Ad municipal.*

h. z. T. weg. 2) Die Bestellung darf auch nicht unter einer Bedingung, noch mit Beyfügung einer Zeitbestimmung, geschehen. Ulpian sagt *libro XXXVIII. ad Sabinum*[19]: Sub conditione a Praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet, et si datus sit, nullius esse momenti dationem: et ita Pomponius ait. Hanc autem adiectionem, quam Praesides provinciarum faciunt, *tutorem do, si satisdederit*, non conditionem in se habere, sed admonitionem: non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit, hoc est, non aliter ei gerere permittendum, quam si rem pupillo salvam fore caverit. Und Papinian[20] rechnet die *datio tutoris* unter die actus legitimi, qui neque recipiunt diem neque conditionem. Heutzutage läßt sich jedoch der Grund, warum ein Vormund von der Obrigkeit nicht unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung bestellt werden dürfe, wohl nicht mehr aus der Feyerlichkeit der Handlung herleiten, sondern die Ursache liegt vielmehr in dem Wesen derselben, weil öftere Veränderungen mit der Person des Vormunds für den Pupillen nachtheilig sind, und daher so viel möglich vermieden werden müssen[21]. Die Ernennung des Vormunds muß daher auf eine solche Art geschehen, daß er sein Amt behalten kann, und muß, bis die Vormundschaft in der Person des Pupillen geendigt ist. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen

19) *L.* 6. §. 1. *D. de tutelis.*

20) *L.* 77. *D. de Reg. iuris.*

21) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 200.

ist[22]). Z. B. wenn ein testamentarischer Vormund unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung ernannt worden, und die Bedingung noch nicht eingetreten, oder die Zeit noch nicht erschienen ist[23]). Hier wird bis dahin ein Vormund von der Obrigkeit bestellt[24]). Mehrere Beyspiele sind schon oben vorgekommen.

§. 1320.

Wie wenn die Gerichtsbarkeit unter zwey Gerichten streitig ist?

Ist die Gerichtsbarkeit über den Pupillen zwischen zwey Gerichten streitig; so kommt es darauf an, welches von beyden im Besitz ist, d. h. vor dem erhobenen Streit die jünste gerichtliche Handlung über den Pupillen, oder desselben Vater ausgeübt hat. Dieses bestellt den Vormund, und die von demselben geschehene Vormundschaftsbestellung ist und bleibt gültig, wenn auch das andere Gericht nachher obgesiegt hätte[25]). Sollte der Besitz selbst streitig seyn, so ernennt das Obergericht den Vormund.

§. 1321.

Competente Behörden bey Bestellung der Curatoren. Cura minorum.

So wichtig auch nach dem Römischen Rechte der Unterschied zwischen Tutel und Cura, zwischen Tutoren

22) S. von Wening-Ingenheim a. a. O. §. 156.

23) §. 1. *J. h. t.*

24) *L.* 11. *pr. D. de testam. tut.*

25) *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 1. et 2. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pandectas. P. II. h. t. §. 4. pag. 446. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 34.

und Curatoren ist, wie schon an einem andern Orte [26]) gezeigt worden; so hat man doch auch bey den Curatoren, hinsichtlich der zur Bestellung derselben competenten obrigkeitlichen Behörden, ganz dieselben Grundsätze angenommen [27]), welche in den vorigen §. §. bey der Tutel vorgetragen worden sind. Es beweist dieses nicht nur die Rubrik unsers Titels, sondern Justinian lehrt dieses auch ausdrücklich in seinen Institutionen [28]). Hier heißt es: Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Bey den Römern gab es nämlich nur eigentlich zweyerley Arten der Curatoren; solche, welche schon durch die XII Tafeln berufen waren, und solche, welche von der Obrigkeit bestellt wurden. Ulpian [29]) sagt: Curatores aut *legitimi* sunt, id est, qui ex lege duodecim tabularum dantur: aut *honorarii*, id est, qui a Praetore constituuntur. Unmittelbar durch Testament bestellte Curatoren (testamentarii) gab es nicht [30]). Denn die Gesetze der XII Tafeln reden blos von einer testamentarischen Tutel. So lange nun bey den Mannspersonen, (denn Frauenspersonen standen ohnehin unter einer beständigen Vormundschaft) die Jahre der Pubertät noch durch kein Gesetz bestimmt waren, bestimmten die Väter selbst in ihrem Testamente, nach dem Geist und

26) S. §. 1298. a.

27) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 236.

28) §. 1. *J. de Curator.* (I. 23.)

29) *Fragm. Tit. XII.* §. 1.

30) S. *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta. Tit. XII. §. 3. pag. 65. besonders *Jac.* Cujacius Observation. Lib. VII. Cap. 6. und *Jo. Th.* Seger brevis curarum historia. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 113.)

Gesinnungen ihrer Söhne, wie lange sie den Vormund, der im Testament ihnen war gegeben worden, behalten sollten[31]), und überließen sie dann nach geendigter Tutel ihrer eignen Leitung. Dieß konnte auch Anfangs ohne Bedenken geschehen. Denn gewöhnlich erstreckte sich die Tutel bis dahin, da die Söhne für fähig gehalten wurden, in Kriegsdienste zu treten. Zur Uebernehmung derselben konnte aber jeder junge Römer genöthigt werden[32]). Wozu nun noch ein Curator, da sie unter der viel strengern Aufsicht ihrer Kriegsobern standen? Von dieser Zeitperiode der Römer spricht Sallust[33]), wenn er erzählt: *Jam primum juventus simul ac belli patiens erat, in castris per laborem usu militiam discebat: magisque in decoris armis, et militaribus equis, quam in scortis atque conviviis libidinem habebat.* Wie nun in der Folge durch die Aenderung der Zeiten und Sitten die cura minorum war herbeygeführt worden; so geschahe es, daß auch Väter anfingen, ihren Söhnen einen Curator im Testamente zu bestellen. Soweit erstreckte sich aber doch die väterliche Gewalt nicht. Denn die Curatel wird nur hauptsächlich für das Vermögen, und zur Besorgung der darauf sich beziehenden Geschäfte angeordnet, darüber konnte aber der Vater in seinem Testamente nicht verfügen,

31) S. §. 1298. a. S. 32. f.

32) *Flav.* Vegetius *de re militari.* Lib. I. cap. 4. Nunc qua aetate milites legi conveniat, exploremus. *Et quidem, si antiqua consuetudo servanda est, incipientem pubertatem ad delectum cogendam nullas ignorat.*

33) *Bellum Catilinar.* Cap. 7. Man vergleiche vorzüglich *Franc. Phil.* Breitsprecher Diss. histor. iurid. de origine curationis minorum ac progressu usque ad tempora Justiniani. *Gryphiae* 1764. §. 3.

wenn die Kinder bereits die Mündigkeit erreicht hatten. Die Kaiser Diocletian und Maximian [34]) bemerken daher als Etwas, worüber gar kein Zweifel obwalte: Curatorem *inutiliter* in testamento dari; weil keinem Minderjährigen ein Curator wider seinen Willen aufgedrungen werden konnte [35]), auch nicht vom Vater. Hat daher der Vater seinen mündigen Kindern einen Curator im Testament bestellt, und die Kinder verlangen ihn; so muß er von der competenten Obrigkeit bestätiget werden. So lehrt Justinian [36]) in seinen Institutionen, wo er sagt: Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto Praetoris vel Praesidis. Soviel nun die cura legitima betrifft, so ist zwar im Allgemeinen gewiß, daß die XII Tafeln einen furiosus, so wie auch einen prodigus, cui bonis interdictum est, nach einer schon vorher längst bekannten Sitte, unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gesetzt haben [37]). Sie setzen aber voraus, 1) daß Agnaten vorhanden sind, daher konnten nur Freygebohrne, nicht Freygelassene, legitimi curatores haben; 2) daß die legitimi curatores fähig sind, und 3) daß der prodigus, bey dem dieses Ulpian [38])

34) *L.* 7. *in fin. Cod. de testam. tut.* (V. 28.)

35) §. 2. *J. de curator.*

36) §. 1. *in fin. J. eodem.*

37) Cicero *Tusculan. Quaestion. Lib. III. cap.* 5. Idem *de Republica Lib. III. cap.* 33. Ulpianus *Fragm. Tit. XII.* §. 2. *L.* 1. *D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.* (XXVII. 10.) §. 3. *J. de curator.* S. Dirksen Kritik u. Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 369. ff.

38) *Fragm. Tit. XII.* §. 3. S. Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 122. Z. 24. und Seger cit. Curarum. historia. §. 3 — 5. (in *Opuscul.* pag. 112 — 115.)

zwar nur allein ausdrücklich angegeben hat, welches aber wohl auch beym furiosus galt, seinen Vater ohne Testament beerbt hatte. Von dieser Curatel wird erst Lib. XXVII. Tit. 10. gehandelt werden. In solchen Fällen nun, wo es an einem legitimus curator fehlte, oder der legitimus curator unfähig war, bestellte die competente Obrigkeit den Curator nach vorgängiger Untersuchung. Diese war in Rom der Praefectus urbi, oder der Praetor, in den Provinzen aber der Praeses, oder Proconsul. Justinian [39]) sagt:

Sed solent Romae *Praefectus urbi*, vel *Praetor*, et in provinciis *Praesides* ex inquisitione eis curatores dare.

Eben so Ulpian *libro VIII. de omnibus tribunalibus* [40]). Furioso et furiosae, et muto et surdo, tutor vel curator a *Praetore* vel *Praeside* dari poterit.

Ebenderselbe *libro III. de officio Proconsulis.*

His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem *Proconsulem* oportebit.

Und Paulus sagt das Nämliche *libro I. de officio Proconsulis* [42]):

Sed et aliis dabit *Proconsul* curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit.

39) §. 3. *in fin. D. de Curator.*

40) *L.* 8. §. *ult. D. h. t.*

41) *L.* 12. *pr. D. eodem.*

42) *L.* 2. *D. de curatorib. furioso et aliis dand.*

Nach dieſen Geſetzen konnten alſo die darin benannten obrigkeitlichen Behörden nicht blos den furiosis und erklärten prodigis, ſondern auch jedem Andern, bey dem die causae cognitio ſolche phyſiſche oder geiſtige Mängel gefunden hatte, die ihn zur eignen Verwaltung ſeines Vermögens unfähig machten, wenn er auch gleich ſchon über 25 Jahre alt war, einen Curator geben. Ob aber dieſelben Geſetze, welche bey der Beſtellung der Tutoren für Unmündige die obrigkeitliche Competenz beſtimmten, auch von Curatoren der Raſenden und erklärten Verſchwender gehandelt haben, iſt wohl in Anſehung der früheren Geſetze zu bezweifeln[43]). Dieſe reden, ſo weit wir ſie noch jetzt kennen, blos von Tutelen. Es ſcheint alſo mehr einer Sitte, als einer Lex, anzugehören, wenn diejenigen Magiſträte, welchen die Geſetze die Befugniß gegeben haben, den Unmündigen Tutoren zu beſtellen, dieſe Competenz auch auf die Ernennung der Curatoren erſtreckten. Daher ſpricht Gajus[44]) von Curatoren, ad quos non e Lege curatio pertinet, sed qui vel a *Consule*, vel a *Praetore*, vel a *Praeside provinciae* dantur. Erſt die oben bey den Tutelen angeführten neuern Geſetze des Theodos und Juſtinian handeln ſowohl von Tutoren als Curatoren. Bey der cura furiosi nennt Juſtinian in einer neuern Verordnung[45]) nur den Praefectus urbi in Rom, und den Praeses mit dem Biſchof und drey Primaten in den Provinzen. In Abſicht auf das Verfahren des Praefectus urbi in Rom unterſcheidet Er,

43) S. Marche Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia §. IX. Not. g.

44) *Institut. commentar. I.* §. 200.

45) *L. 7.* §. 6. *Cod. de curat. furiosi.* (V. 70.)

ob der zu Bevormundende eine persona nobilis [46]) iſt, oder nicht. Im erſten Falle ſoll die Ernennung des Vormunds, und die Unterſuchung ſeiner Tüchtigkeit in der Verſammlung des Senats geſchehen, in dem andern Falle aber von dem Praefectus urbi allein vorgenommen werden können. In den Provinzen aber ſoll der Präſes mit dem Biſchof des Orts, und drey Primaten [47]) den Curator ernennen.

Zur cura furiosorum und prodigorum, als der älteſten Art der Curatel, welche wir kennen, die theils legitima, theils dativa oder honoraria war, kam nachher, und zwar noch in den Zeiten des Röm. Freyſtaats, hinzu die cura minorum, welche blos dativ iſt. Sie iſt durch die Lex Plaetoria eingeführt worden. Gewöhnlich wird dieſes Geſetz Lex Laetoria [48]) genennt, und

46) In den *Basilic.* Tom. V. pag. 167. wird dieſe persona nobilis durch *συγκλητικοῦ υἱὸς*, *Senatoris filius* erklärt.

47) *Primates* wurden in den Municipalſtädten die zehen erſten und vornehmſten der Curie genennt. Sie hießen daher *Decemprimi curiales*, auch *Principales*, *Summates*, *Seniores*, *πρωτοστάται*, *πρωτοπολῖται*. Ammianus Marcellinus *Lib. XXVIII. cap.* 6. nennt ſie *Primates Ordinis sui.* Man ſ. *Jac.* Gothofredus Paratitlon ad Tit 1. Lib. XII. Cod. Theod. de Decurionib. (Tom. IV. pag. 356. edit. *Ritter.*) *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. V. §. 4. pag. 149. sqq. und *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. §. 10. pag. 71. sq.

48) *Jo. Hieron.* Hetzer Diss. ad Legem. Laetoriam. *Lipsiae* 1749. 4. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. antiqu.* Tom. II. pag. 593 — 623.) *Guil. de* Hertoghe Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans sub. praesid. *Christ.* Wildvogel *Jenae* 1720. hab. (in *Opu-*

unter dieſem Namen wird es zweymal von Cicero [49]), ferner von Sueton [50]), auch Julius Capitolinus [51]) angeführt, und noch Kaiſer Conſtantin I. [52]) nennt die anni *Laetoriae* legis, ſtatt ſchlechtweg zu ſagen, die Jahre unter fünf und zwanzig. Allein der ächte Name dieſes Volksſchluſſes iſt nun durch die Tafel von Heraclea auſſer Zweifel geſetzt, in welcher es heißt: queive *lege* PLAETORIA ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus est [53]). Wie häufig die Namen LAETORIUS und PLAETORIUS mit einander verwechſelt worden ſind, beweiſen viele Stellen der lateiniſchen Claſſiker [54]). Selbſt die Lesart bey Cicero iſt ſchwankend. Denn mehrere alte Handſchriften leſen *Pletoria*, oder *Plaetoria*. Man kann es

scul. a Jo. WUNDERLICH *collect. Hamburgi* 1768. 8. pag. 3 — 24. *Lud. Jul. Frid.* HOEPFNER Progr. de Lege Laetoria et cura minorum. *Giessae* 1778. 4. *Jo. Aug.* ERNESTI Clav. Ciceron. Ind. Legum v. *Laetoria*. Man ſehe auch *Car.* FEA Vindiciar. et Observation. iuris Cap. 6. pag. 122 — 150.

49) *De Officiis.* Lib. III. cap. 8. und *de natura Deorum.* Lib. III. cap. 30.

50) *Praetorum Lib. IV.* bey PRISCIANUS Lib. VIII. p. 794. edit. *Putsch.*

51) *In vita Marci Aurelii.* Cap. 10.

52) *L.* 2. *Cod. Theod. de Donation.* (VIII. 12.)

53) S. Hugo civiliſt. Magazin. 3. B. S. 376. und *Gast. Theod. Lud.* MARezoll Fragmentum Legis Romanae in aversa Tabulae Heracleensis parte illustr. (*Goetting.* 1816. 8.) pag. 139. sq.

54) LIVIUS *Lib. II. c.* 27. VALERIUS MAXIMUS *Lib. IX. Cap.* 3. *nr.* 6. LIVIUS *XXXIV.* 45. HIRTIUS *de bello Africano.* cap. 98.

daher einem Anton Augustin, Paul Manutius, Joh. Ge. Gräve, Isaac Verhurg, Jo. Aug. Ernesti, einem Schütz, einem Heusinger und andern trefflichen Editoren des Cicero eben nicht so sehr verargen, wenn sie der gemeinen Lesart huldigten, ja die Lesart Plaetoria, als die unrichtige, verwarfen; da es vor Entdeckung der Urkunde von Heraclea fast nur ein blindes Rathen war, welchen von beyden Namen man vorziehen sollte, obwohl nun freylich in den neuesten Ausgaben von Cicero de officiis, und de natura Deorum die richtigere Lesart ist angenommen worden [55]). Die gens Plaetoria ist auch auf Münzen und Marmor bey Gruter und Muratori hinlänglich beurkundet [56]), und was noch insonderheit für die richtigere Lesart spricht, ist, nach der sehr scharfsinnigen Bemerkung des gefeierten Hugo [57]), daß die ersten Sylben sonst in der Sprache weniger geläufig waren, als laetor. Wenn das Gesetz gegeben worden, ist ungewiß. Gewöhnlich hält man den Volkstribun M. Lätorius Plancianus für den Urheber, und setzt es ins Jahr der St. Rom 490. Allein diese Meinung beruht auf keiner sichern fides antiquitatis. Von dem Alter der Lex Plaetoria läßt sich nur so viel mit Ge-

55) Man vergleiche die trefflichen Ausgaben von Carl Beier de officiis. Tom. II. (*Lipsiae* 1821.) pag. 290. und von Heindorf de natura Deorum. Auch in der neuesten Ausgabe Billerbecks von Cicero de Officiis, Hannover 1827. 8. steht *Plaetoria*, mit Beziehung auf Beier, der die Urkunde von Heraclea zum Beweis anführt.

56) S. *Fulv.* Ursinus de Familiis Rom. Gens Plaetoria. (in Graevii *Thes. Antiquitat. Rom.* Tom. VII. p. 1298.)

57) Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 294. der 8. Aufl.

wißheit ſagen, daß ſie vor dem Jahre 570 müſſe gegeben worden ſeyn. Denn in dieſem Jahre ſtarb Plautus nach Cicero's Nachricht[58]) unter den Conſuln P. Claudius Pulcher und L. Porcius Licinus[59]), welcher dieſen Volksſchluß lex quinavicennaria nennt[60]). Die lex Plaetoria nahm nun vorzüglich die Minderjährigkeit in Schutz, für welche dieſe lex ein Alter von fünf und zwanzig Jahren beſtimmt hatte[61]). Sie beſtrafte denjenigen, welcher einen Minderjährigen im Handel und Verkehr übervortheilt hatte, indem ſie ihn einer öffentlichen Anklage unterwarf, die mit einer Infamie verbunden war[62]). Dieß iſt die circumscriptio adolescentium *lege Plaetoria* vindicata, von welcher Cicero[63]) ſpricht. Dieß iſt das *iudicium publicum* rei privatae, welches Cicero[64]) als Strafe der Lex *Plaetoria* nennt. Und hierauf deutet auch gewiß die Stelle beym Plautus[65]) hin:

Ca. *Perii! an non tum Lex me perdit quinavicennaria? Metuunt credere omnes.* Ba. *Eadem est mihi Lex, metuo credere.*

Das Stipuliren, d. h. ſich spondendo zu verpflichten, hatte die Lex Plaetoria den Minderjährigen

58) *In Bruto cap.* 15.

59) Almeloveen Fasti Consular. Romanor. pag. 88.

60) *Pseudol. Act. I. Sc. III.* v. 69.

61) S. Hetzer Diss. cit. §. 7.

62) S. die *Tab. Heracleensis.* a. a. O. und Hugo Lehrb. der Geſch. des R. Rechts. S. 294. Z. 14 — 18.

63) *De Officiis III.* 15.

64) *De natura Deor. III.* 30.

65) Cit. loc. v. 69 et 70.

noch insonderheit verboten, wie Sueton bey Priscian[66]) referirt. Die Klage ward hier dem Stipulator so gut, wie dem Gläubiger versagt, welcher dem Minderjährigen baar Geld creditirt hatte[67]); in andern Fällen konnte die in integrum restitutio die Aufhebung des ganzen Geschäfts bewirken[68]). Sowohl dem Minderjährigen, um seines Kredits willen, als demjenigen, welcher sich mit ihm in ein Geschäft einlassen wollte, um seiner Sicherheit willen, war demnach daran gelegen, daß ihm ein Curator von der Obrigkeit gegeben werde[69]). Es mußte aber beym Antrage auf Bestellung vermöge der lex Plaetoria eine besondere Ursache angeführt werden, und denn scheint auch die Bestellung meist nur für einzelne Geschäfte erfolgt zu seyn[70]). Curator enim et ad certam causam dari potest. Z. B. zu einem Proceß[71]). Doch zuweilen auch bleibend für die ganze Zeit der Minderjährigkeit. Z. B. wenn der Vater seinen Kindern nach erreichter Minderjährigkeit einen Curator im Testament bestellt hatte, welchen jedoch die Obrigkeit bestätigen mußte[72]); oder wenn ein

66) Lib. VIII. pag. 288. (*Basil.* 1554. 8.) und pag. 794. edit. *Putsch.* Laetoria, *quae vetat minorem annis XXV. stipulari*, i. e. aliis spondendo se obligare. S. Hetzer cit. Diss. §. X. not. d.

67) Hetzer cit. Diss. §. IX et X.

68) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 297. S. 444.

69) S. Schweppe angef. Rechtsgesch. §. 432. S. 625.

70) Zimmern Gesch. des R. Privatr. 1. B. 2. Abth. §. 237. S. 891 f.

71) §. 2. *J. de Curator.*

72) *L.* 1. §. 3. *D. de confirm. tut. L.* 3. §. 5. *D. de administrat. tutor. et curator.*

Minderjähriger wegen ausschweifender Lebensart, oder wegen Blödsinns, und schwachen Verstandes sein Vermögen selbst zu verwalten nicht verstand. In solchen Fällen, wo die legitima curatio keine Anwendung fand, konnte einem Minderjährigen auf den Antrag der Verwandten ein Curator auch wider seinen Willen vom Prätor gegeben werden, und solche Fälle konnten allerdings schon vor der lex Laetoria vorgekommen seyn[73]). Allein das Verfahren des Prätors beruhte hier mehr auf der Praxis, als auf einer Lex[74]). Denn Wahnsinnige und Verschwender erhielten ganz ohne Rücksicht auf minor aetas Curatoren[75]). Die Nothwendigkeit der Angabe von Gründen, welche die Lex Plaetoria bey der Bestellung der Curatoren für Minderjährige vielleicht darum erforderte, weil die Curatel eine Last für Andere war, welche nicht ohne Noth aufgelegt werden sollte[76]), ward jedoch nachher durch Marc Aurel aufgehoben, indem derselbe, wie sein Biograph[77]) von ihm erzählt, verordnete, daß jeder Minderjährige sich einen Curator könne geben lassen, ohne daß es einer causae cognitio weiter bedürfe. Dieß ist die Geschichte der Lex Plaetoria in Verbindung mit der Constitution des K. Marcus, welche Julius Capitolinus in der bekannten, aber sehr verschieden erklärten Stelle folgendermaßen erzählt: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege* LAETORIA (Plaetoria) *vel propter* LASCIVIAM,

73) Zimmern Geschichte des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 237.

74) ULPIAN. *Fr. XII.* 3.

75) Zimmern a. a. O. S. 892.

76) Schweppe S. 626.

77) JULIUS CAPITOLINUS *in M. Antonino Cap.* 10. *in fin.*

vel propter DEMENTIAM, *darentur, ita statuit, ut* OMNES ADULTI *curatores acciperent* NON REDDITIS CAUSIS. Man hat dieſe Stelle auf dreyerley Art verſtanden. Erſtens ſo, daß Capitolin nicht blos von der cura minorum rede, von welcher die Conſtitution des Kr. Marcus gehandelt habe, ſondern bey Gelegenheit derſelben aller Arten der Curatel gedenke, die es vor Marc Aurel gegeben hat. Der Sinn ſey nämlich der. Vor Antonin habe es drey Arten von Curatoren gegeben, 1) ſolche, die den Minderjährigen *ex lege Plaetoria* auf ihr Geſuch, jedoch immer mit motivirter Angabe einer beſondern Urſache, 2) ſolche, die den prodigis, denen der Prätor die eigene Verwaltung ihrer Güter unterſagt hat, *propter lasciviam*, und 3) ſolche, die den furiosis und mente captis *propter dementiam*, gegeben wurden. Dieſes ältere Recht habe nun K. Marcus in ſo weit abgeändert, daß bey der cura minorum eine Angabe von Gründen nicht mehr nöthig ſeyn ſolle [78]). Zweytens ſo, daß die Lex Plaetoria Minderjährige, und zwar ſowohl prodigi aller Art, als furiosi und überhaupt Blödſinnige, in den Fällen, wo die legitima cura keine Anwendung fand, einer dativa unterworfen habe, auch wider ihren Willen; nach der Conſtitution des K. Marcus aber den Minderjährigen, auch in Ermangelung ſolcher Gründe, auf ihr bloßes Verlangen Curatoren gegeben werden ſollten [79]). Endlich drittens ſo, daß

78) An der Spitze dieſer Parthey ſteht *Jo. Gottl.* HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 23. §. 8. ſeine Vertheidiger ſind HETZER Diss. ad L. Laetoriam §. 8. Not. d. Schweppe a. a. O. §. 432. Not. 3. S. 625. Zimmern Geſch. des R. P. R. 1. B. §. 237. S. 891 f.

79) SEGER brevis curarum historia. §. 6 — 8. (*Opusc.* pag. 116 — 120.) und BREITSPRECHER Diss. de origine

die L. Plaetoria nur ſolchen Minderjährigen Curatoren zu geben verordnet habe, denen man entweder wegen ſchwachen Verſtandes, oder wegen Leichtſinns und unordentlicher Wirthſchaft ihr Vermögen nicht anvertrauen, oder in den Händen laſſen konnte 80). Die Prüfung dieſer verſchiedenen Anſichten bleibt dem folgenden Bande vorbehalten.

curationis minor. atque progress. usq. ad tempp. Justin. §. XIV.

80) *Jac.* Oiselius *ad Gaji Institut. epitome* Lib. I. Tit. 8. Not. 6. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. antejust.* pag. 66.) *Franc.* Brobus, *Franc.* Hotoman, *Arn.* Vinnius. *Jan. a* Costa. *Ev.* Otto in Commentt. ad §. 2. J. de Curator. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* T. XII. §. 4. not. 7. (in *Jur. V. Antej.* pag. 606.) *Jo. Conr.* Crusius Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum XXV. annis. rec. *Lugd. Bat.* 1712. Cap. 2. (in Fellenberg *Jurispr. antiqu.* Tom. II. pag. 578. sq.) und *Lud. Jul. Frid.* Hoepfner Prog. de Lege Laetoria et cura minorum. *Gissae* 1778. 4.

Zuſätze und Berichtigungen.

S. 273. iſt zur Note 79. am Schluſſe noch beyzufügen. Es iſt daher auch die zur Beſtärkung der Lesart: Si filio *impuberi* — aut *puberi* curatorem, von *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta Tit. XII. §. 1. pag. 64. verſuchte Reſtitution mit Hülfe der Siglen, nämlich: *Si* fl— *puberi* .... *aut* IT *puberi*, hoc est, *si filio impuberi* .... *aut item puberi* unnöthig. Wenn man aber auch die gemeine Lesart beybehalten will, ſo meint er, ſeyen doch auch die Beyſpiele einer ſolchen Hyſterologie nicht ſelten. z. B. bey Paulus *Sentent. Recept. Lib. III. Tit.* 1. §. *un.* Ulpian, *Fragm. Tit. XI.* §. 1. *Tit. XXII.* §. 14. Mehrere noch werde *Ger.* Noodt de pactis. Cap. 5 et 10. geben.

S. 282. in der Stelle des Modeſtinus *L.* 21. §. 5. *D. de tutor. et curat. datis* iſt ſtatt αζιωμα vielmehr ἀξίωμα zu leſen.